Bavar. 659-4

Sammlung

auserlesener bayer'scher

Rechtsfälle, Präjudicien

und anderer

interessanter Erkenntnisse

herausgegeben

von

Max Freyherrn du Prel,

königl. Advokaten zu Landshut.

4

IV. Band.

Landshut, 1837.

Druck und Verlag der Joseph Thomann'schen Buch- und Kunsthandlung.

(Joh. Nep. Attenkofer.)

367 - D.

Bavar. 659-4

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Bb 2a

Cession
über die Einrede des Anastasianischen Gesetzes.

Im Namen ꝛc.

Erkennt das königl. App.-Gericht für den ***Kreis in der Streitsache des M. N., Kläger — gegen den O. P. — Beklagten — wegen Foderung definitive für Recht:

„I. daß die vom Beklagten vorgeschützte Einrede des anastasianischen Gesetzes als unstatthaft verworfen werde, und

II. daß der Beklagte O. P.

a) die eingeklagte Summe von 63,000 fl. 57 kr. Conventions-Münze, dann

b) die von diesem Betrage seit 1. Dec. 1824 bereits verfallenen und noch weiter verfallenden fünfprocentigen Zinsen, so wie endlich

c) alle gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten salva tamen liquidatione ac moderatione judiciali zu bezahlen schuldig sey.“

Entscheidungs-Gründe.

Der Beklagte O. P. bediente sich des Handlungs-Hauses Q. et Comp. als seines Banquiers während einer langen Reihe von Jahren, bei welchem er, wie es scheint, unbegränzten Credit ohne alle gegebene Sicherheit (Deckung) genoß, auf welche Weise es kam, daß die Buch-Schuld des Beklagten in Haupt- und Nebensache bis zum Schlusse des Monates November 1824 auf 63,000 fl. 57 kr. Conventions-Münze laut der Conticurrents sich belief.

Als nun am 10. November 1824 das Handlungs-Haus O. et Comp. mit dem M. N. ein Mercantil-Geschäft über Kauf und Verkauf von 630 Stück k. k. Rothschilder-Loosen, jedes zu 100 fl. Current, zu einem Curse von 200 fl. Current per Stück für die Summe von 126,000 fl. Current abgeschlossen hatte, so erhielt Ersteres (Handlungs-Haus O.) vom Letzteren (M.) die fraglichen 630 Stück Rothschilder-Loose in natura ausgehändiget, und entrichtete an seinen Verkäufer M. den obenbezeichneten Preis von 126 fl. Current für fragliche Loose durch eine Baarzahlung resp. kurzsichtige Wechsel von 73,499 fl. 13 kr. Current, und durch Cession seiner (der O.-schen) Buch-Schuld-Credit-Foderung an O. P. im Betrage zu 63,000 fl. 57 kr. Conv.-Münze nebst allen Rechten unter Evictions-Leistung für das Quantum dieser Foderung — jedoch nicht für ihre Güte und Einbringlichkeit. — In dem von den contrahirenden Theilen über dieses Mercantil-Geschäft unterm 10. Nov. 1824 errichteten Cessions-Vertrage wurde der k. Adv. R. als Cessionar nach dem Wunsche und zur weiteren Verfügung des in Beziehung auf das Handlungs-Haus O. alleinigen und wahren Cessionars M. N. eingetragen, welcher Eintrag nach der Acten-Lage und dem Inhalte der Adv. R.-schen Verzicht-Erklärungs-Urkunde vom 15. April 1828 aus dem Grunde geschah, weil zwischen R. und M. N. wegen dieser cedirten Foderung ein Societäts-Verhältniß bestanden hatte, welches jedoch in Folge der angeführten Verzichts-Erklärungs-Urkunde nunmehr gänzlich aufgelöst sich findet, so daß R. an dieser Foderung gar kein Interesse zur Zeit mehr habe, und wegen derselben an den Kläger M. N. keine Ansprüche machen könne.

Auf diese That-Geschichte und Urkunden, so wie auf die Conticourrants des Handlungs-Hauses O. an den O. P. wurde die rubricirte Klage begründet, und hierin die Bitte gestellt, nach geschlossener Instruction der Sache den Beklagten in die Zahlung der Hauptsache, sechsprocentigen Zinsen seit dem 30. Nov. 1824 und Kosten zu verfällen.

Auf diese Klage erinnerte der Beklagte, widersprechen zu müssen, daß jemals ein Societäts-Verhältniß zwischen dem M. N. und dem R. wegen dieser eingeklagten von Seite Q. an M. N. cedirten Foderung bestanden habe, und daß dem R. hierauf je irgend ein Anspruch zugekommen sey, und daß er seinen Gegner als den alleinigen und wahren Eigenthümer der in Frage stehenden Q.-schen Conti-Current-Forderung anerkenne.

Als Einreden wurden vorgebracht:

a) die Lex anastasiana;

b) die Behauptung, daß die der Klage anliegenden Q.-schen Conti-Currents selbst den Beweis liefern, daß die aufgerechneten Zinsen und Zinses-Zinsen weit über 20/m fl. betragen, wodurch alle weiteren Einwendungen über den wahren Betrag der Schuld überflüßig gemacht werden und

c) ein allgemeiner Widerspruch alles Desjenigen, was nicht speciel berührt wurde. —

Die Einrede des anastasianischen Gesetzes suchte begründet zu werden:

I. weil Cessionar (M. N.) die Foderung nicht nur um billigen Preis nicht an sich gebracht, sondern

II. hienach auch mit sonderbarer Bemühung gestrebt habe.

Die Ausführung dieser Einrede geschah beklagterseits, wie folgt.

Ad I. Der Contract vom 10. Nov. 1824 (Klage-Beilage Nr. 6.) selbst bewähre, daß sein Gegner diese Conto-Current-Foderung um 22,554 fl. 56 kr. Conv.-Münze, oder 18,795 fl. 47 kr. Current an sich gebracht habe, wodurch ein beabsichtigter Gewinn von 40,446 fl. Conv.-Münze sich klägerischer Seits verschafft werden wollte, was erhellet, indem 630 Stück k. k. Rothschilder-Loose, das Loos zu 100 fl. Current — laut Inhaltes des fraglichen Contractes im Curse zu 200 fl. Current per Stück Loos entgegen verkauft wurden, welche Loose nach den in den Zeitungen sich vorfindlichen Curs-Notirungen vor und nach dem 10. Nov. 1824 den ausgebotenen Curs von 146 1/2 fl. Current per Stück Loos hatten. Auf solche Art erhielt Q. nach dieser Curs-

Notirung zu 146 1/2 statt einem Betrage von 126/m fl. Currrent nur die Summe von 92295 fl. Current durch die behändigten 630 Stück Rothschilder-Loose, und da Q. an M. N., wofür derselbe auch quittirte, 73,499 fl. 13 kr. Current im Baaren bezahlt hat, so kam fragliche Foderung dem Kläger auf den oben angezifferten Preis, sohin nur um ein Weniges mehr, als das Drittel ihres Nominal-Werthes zu stehen, was kein billiger Preis sey, wie die Gesetze schon bei Verletzung der Hälfte des zur Zeit des Contractes bestandenen Werthes bestimmen, und in concreto noch um so mehr eintreten müsse, da fragliche cedirte Foderung vom Cedenten ihrem Quantum nach besonders garantirt wurde. In der Garantie der Liquidität und Quantität der cedirten Foderungen erkannte M. N. ihre Sicherheit an.

Ad II. Des Klägers besondere Bemühung um Erwerbung dieser Foderung gehe hervor aus seinen vielmaligen Reisen nach S. wegen ihrer Einhandlung und aus der Gewinnung des Q.-schen Procura-Trägers und Haupt-Geschäfts-Führers mit besonderen Belohnungen, um dieses Geschäft durchzusetzen. Aus dieser simulirten und fingirten Handlungsweise der Contrahenten, welche dieselben — sowohl Q. als N. — in bösen Glauben versetzt, begründe sich die Anwendung des anastasianischen Gesetzes, worauf die Exceptions-Bitte um Entbindung von der Klage, wie sie angestellt worden, und um den Ausspruch, daß man beklagterseits an der befraglichen Foderung nicht mehr als 22,554 fl. 56 kr. (Conv.-Münze) zu bezahlen schuldig sey — gebaut wurde, wobei es der richterlichen Ermäßigung anheim gestellt werden wolle, ob dem Kläger von dieser Summe und vom Tage des Contractes — d. i. 10. Nov. 1824 — auch noch die landesüblichen fünfprocentigen Zinsen rechtlich gebühren.

Auf diese vorstehende Actenlage mußte aus den folgenden Gründen die Entscheidung, wie geschehen, gebaut werden:

I. Die Legitimation des Klägers zur Sache ist außer allen Zweifel gesetzt durch die der Klage anliegende Cessions-Ur-

kunde vom 30. Nov. 1824 — Beilage Nr. 6. — und Advokat R.'sche Erklärung resp. Verzicht vom 15. April 1828 — Beilage 7. — so wie nicht minder durch die in der Exceptions-Schrift vorkommende Erklärung des Beklagten selbst, daß derselbe den Kläger nur als den alleinigen und wahren Eigenthümer der eingeklagten Conto-Current-Foderung anerkennen könne und wolle.

II. Das Societäts-Verhältniß zwischen Adv. R. und M. R., welches wegen Erwerbung der strittbefangenen Foderung bestanden haben soll, nun aber seit 15. April v. J. laut der R.'schen Erklärung aufgelöst sich findet, hat auf Entscheidung gegenwärtigen Streites gar keinen Einfluß — es mag dasselbe unter was immer für Bedingungen bestanden haben; — daher auf den Widerspruch einer wirklich bestandenen Societät zwischen den beiden genannten Personen, welcher in der Exception vorgebracht wurde, so wenig Rücksicht genommen werden kann, als auf die weitere Behauptung, daß durch diese behauptete Societät der Kläger sich verdächtig gemacht habe, indem von selbst in die Augen fällt, daß die Geschäfts-Verbindung zwischen dem Kläger und R. überhaupt, und insbesondere wegen der in Frage stehenden Foderung weder den Richter, noch einen Dritten berühre, und nunmehr als aufgelöst erklärt, auch unter keinem Vorwande in rechtliche Betrachtung gezogen werden kann.

III. Beklagterseits wird sich auch in der Exception auf alles Nützliche in den Voracten bezogen, welche jedoch zur Entscheidung des gegenwärtigen Streites Nichts enthalten, und auch Nichts enthalten können, da Beklagter gegen die vom königlichen Advokaten R. am 9. Juli 1825 wegen der befraglichen Foderung hierorts angestellte Klage, ohne in der Hauptsache seine Exceptionen eventualiter vorgebracht zu haben, die Streits-Einlassung aus dem Grunde verweigerte, weil die in der Klage angelegte Cessions-Urkunde vom 10. November 1824, in so ferne sie auf den R. als einzigen Cessionar lautet, fingirt — und die vom Adv. R. eingeklagte Foderung entweder ganz oder zum Theile einer dritten Person cedirt worden sey, und von der

Streits-Einlassung auf diese R.'sche Klage auch durch rechtskräftiges Erkenntniß frei gesprochen wurde.

IV. Ehe nun auf die Prüfung und Nachweisung des Ungrundes der vorgebrachten Einreden übergegangen werden kann, so ist die Frage zu lösen, ob die vom Handlungs-Hause Q. und Comp. an den Kläger M. N. unterm 10. Nov. 1824 cedirte Buch-Schuld des Beklagten sowohl nach ihrer Qualität als Quantität als liquid erscheine, oder nicht?

Diese Frage muß aus folgenden Erwägungen bejaht werden:

a) die der Klage zu ihrer Begründung in vidimirter Form angelegten Urkunden sind:

1. das Cessions-Instrument des Handlungs-Hauses Q. und Comp. vom 10. Nov. 1824 über die Abtretung der D. P.'schen Schuld im Nominal-Betrage zu 63,000 fl. 57 kr. an den Kläger M. N. und

2. die Conti-Currents, welche diese angezifferte Schuldigkeit des Beklagten nach ihren einzelnen Beträgen vom Jahre 1813 an bis zum 30. Nov. 1824 specifice auseinander setzen — welche Urkunden die Qualität der Schuld als eine Buch-Schuld des Beklagten an das Handlungs-Haus Q., welche sich aus seiner Geschäfts-Verbindung mit diesem Hause — dessen sich derselbe auf seinen unbedingten — jedoch nicht gedeckten Credit — als seines Banquiers während des aufgeführten Zeitraumes bediente — darstellen, und zugleich das Quantum der fraglichen Credit-Foderung in Haupt- und Nebensache auf die oben aufgezifferte Summe ausweisen.

b) Der Beklagte erkennt in der Exception die Cessions-Urkunde vom 10. Nov. 1824 ihrem vollen Inhalte nach als richtig an, indem er dagegen keine speciele Einwendung macht, und sich zugleich derselben bedient, um durch solche die vorgebrachte Einrede des anastasianischen Gesetzes in instanti zu begründen. Aus dieser Urkunde will beklagterseits die Behauptung als nachgewiesen abgeleitet werden: daß die an ihn bis zum 30. November 1824 bestandene Foderung von 63,000 fl. 57 kr. von Seite des Handlungs-Hauses Q. an den Kläger unterm 10. November 1824 für die Summe von

22,534 fl. 56 kr. verkauft, resp. eigenthümlich abgetreten wurde, welcher hiefür nur um ein Weniges mehr — als ein Drittel des ganzen Schuld=Betrages, also offenbar keinen billigen Preis — bezahlt habe. — Über die der Klage in vidimirter Form angelegten Conti=Currents hat Beklagter in seiner Einrede=Schrift gar Nichts erinnert, ohne sich seine Erklärung bis zur Zeit der Original=Production vorbehalten zu haben; im Gegentheile baute er hierauf sogar eine Erinnerung wegen der aufgerechneten Zinsen, deren Inhalt weiter unten an geeigneter Stelle gewürdiget werden wird, — worin nicht allein eine stillschweigende, sondern eine factische und ausdrückliche Anerkennung des Inhaltes der Conti=Currents — sohin ihre Richtigkeit — liegt. —

Wenn nun gleich Conti=Currents als Extracte aus den D.'schen Handlungs=Büchern nach G. O. cap. 11. § 3. Nr. 2. erst dann vollkommen Beweis machen, wenn sie vom Handelsmanne mit einem körperlichen Eide bekräftiget worden sind, so macht dennoch die geschehene Anerkennung der Richtigkeit dieser Rechnungen von Seite des Schuldners die Production der Originalien (die Extracte liegen überdieß in vidimirter Form schon vor) ganz überflüßig, wie nicht minder auch die eidliche Bestättigung durch den Handelsmann. —

c) In jeder Streitsache muß der Gegner nach G. O. cap. 11. § 7. Nr. 1 et 2. über jedes mitgetheilte Document allzeit gleich in seiner ersten Antwort sich deutlich und zuverläßig erklären: ob er solches diffitiren, recognosciren, oder Ein so Anderes bis zur Production und Einsicht der Originalien ausgesetzt seyn lassen wolle, und die gesetzliche Folge der Unterlassung einer Erklärungs=Abgabe nach diesen drei Arten ist, daß das Document ohne weitere Commination für recognoscirt gehalten werden müsse, welcher Fall auch in gegenwärtiger Streit=Sache eingetreten wäre, wenn nicht, wie schon oben angeführt worden, eine ausdrückliche Anerkennung der in Frage stehenden Klage=Urkunden vorläge, bei welcher Anerkennung des Cessions=Instrumentes vom 10. Nov. 1824 seine Original=Einsicht resp. Production, wovon in der Exception Erwähnung geschieht, überflüßig wäre,

weil das Gesetz die Communication eines Documentes seiner Production gleich achtet, — G. O. cap. 11. § 7. Nr. 1. — und weil die ausdrückliche Anerkennung von Urkunden, wobei die Erklärung, sie nicht anerkennen oder diffitiren zu wollen, sich von selbst ausgeschlossen findet, eine derlei Original-Production unzuläßig darstellt.

d) Jene Documente, worauf sich in einem Processe die beiden streitenden Theile beziehen, wie in concreto geschah, nehmen den Character der Gemeinschaftlichkeit an, und beweisen nach ihrem vollen Inhalte pro et contra für jeden Theil, was sich nun Beklagter auch gefallen lassen muß.

e) Durch die beklagterseits vorliegende Anerkennung des berührten Cessions-Instrumentes — dann der bei der Klage zur Grundlage angebogenen Conti-Currents, so wie durch das Exceptions-Petitum selbst an der eingeklagten O.'schen Foderung (von 63,000 fl. 57 kr.) nicht mehr als jene 22,554 fl. 56 kr., welche der Kläger an das Handlungs-Haus O. und Comp. effective bezahlt hat, bezahlen zu dürfen — liegt offenbar ein ausdrückliches Zugeständniß der eingeklagten Schuld in quanto et quali nach G. O. cap. 12. § 1. gegeben, vor, welches nach den Gesetzen die stärkste und vollkommenste Probe über die Liquidität der strittbefangenen Foderung macht.

f) Den Einwürfen, welchen man gegen die Annahme gegen die Liquidität dieser Foderung zu machen versucht seyn könnte, nämlich, daß ein allgemeiner Widerspruch am Schlusse der Einrede-Schrift sich opponirt finde, und daß der Rechts-Satz — „Qui excipit, non fatetur" — entgegen stehe, ist leicht zu begegnen, wenn man bedenkt, daß ein allgemeiner Widerspruch ohne alle rechtliche Wirkung sey, wenn ein Geständniß über die Liquidität der Schuld vorliegt, was in concreto gezeigter Massen der Fall ist, und daß der angeführte Rechtssatz nicht Platz greifen könne; — denn die Anerkennung der eingeklagten Schuld geschah weder bedingt, noch zweifelhaft, oder in der Art, daß selbe bereits schon lange bezahlt, oder compensirt, sohin der Kläger damit abzuweisen sey, sondern durch ein pures und unumwundenes

Geständniß, welchem lediglich die Einrede beigefügt wurde, daß Kläger M. um keinen billigen Preis fragliche Foderung acquirirt habe, sohin ihm die Lex anastasiana entgegen stehe und als Einrede eingewendet werde, welche Einwendung der Liquidität der eingeklagten Schuld keinen Eintrag thun kann. G. O. cap. 6. § 7. et in notis.

V. Das Vorbringen des Beklagten wegen der Zinsen, nämlich daß solche und die Zinses-Zinsen weit über 20,000 fl. betragen — ist kein Widerspruch in Bezug der Liquidität resp. des Quantum der eingeklagten Schuld, weil — auch abgesehen von dem Umstande eines vorliegenden Zugeständnisses derselben in Haupt- und Nebensache die Zinsen-Berechnung ganz richtig geschah, wie die Conti-Currents ausweisen, und die Größe ihrer Anwachsung zu einer solch bedeutenden Summe, wie sie sich wirklich aufgeführt finden, theils in der Größe der schuldigen Hauptsache, theils in der 11 — 12 Jahre langen Dauer des Zahlungs-Saumsales des Beklagten selbst liegt. Gegen den Zins-Fuß und die Zinsen-Berechnung wurde überdieß theils Nichts excipirt, und man kann in der Berechnung der Zinsen von 6 0/0 pro anno so wenig, als in der Zins-Schlagung nach Abschluß einer jeden Rechnung zum Saldo etwas Ungesetzliches, viel weniger einen Wucher — finden, indem Beklagter durch seine Geschäfts-Verbindung mit dem Handlungs-Hause O., dessen er sich als seines Banquiers bediente, von solchem keine reinen Darlehen, welche nur lediglich nach civilrechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden können, erhielt, sondern vielmehr in einem mercantilischen Verhältnisse stand, und indem es ohnehin der Handlungs-Gebrauch bekannter Massen mit sich bringt, daß die Handelsleute unter sich für derlei Credit-Geschäfte die übliche Provision, die Spesen und die mercantilmäßigen Zinsen aufrechnen und den ganzen Saldo in Haupt- und Nebensache nach Abschluß der einen Jahres-Rechnung auf die Rechnung des folgenden Jahres übertragen, welcher Usance Beklagter durch das Fortbestehenlassen seiner Geschäfts-Verbindung mit dem Handlungs-Hause O. ohne vorher gegebene Deckung seines Credites sich unterzog, was um

so mehr angenommen werden muß, als er nicht speciel dagegen excipirte und aus der Acten-Lage selbst keine rechtlichen oder factischen Momente hervorgehen, wornach man richterlicher Seits sich berechtiget halten könnte, von Amtswegen einen Wucher des Handlungs-Hauses D. gegen den Beklagten gegeben zu finden.

VI. Die Lex anastasiana kann überhaupt nur in jenen Fällen angebracht werden, in welchen Cessionar die cedirte Schuld nicht nur um billigen Preis nicht an sich gebracht, sondern hienach auch mit sonderbarer Bemühung gestrebt habe, Cod. civ. Max. P. II. cap. 3. § 8. Nr. 15 et in notis. Hieraus gehet hervor, daß die Begründung dieser Einrede zwei Essential-Stücke, nämlich die Acquirirung der Schuld um einen nicht billigen Preis und mit sonderbarer Bemühung voraussetze, und daß ein jedes dieser Essential-Stücke für sich allein und in ihrer Verbindung vollständig nachgewiesen seyn muß, wenn der Richter die Statthaftigkeit besagter Lex anastasiana anzunehmen berechtiget seyn sollte.

a) Der Beklagte hält das erste Essential-Stück dieser Einrede, nämlich der Nichtacquirirung der cedirten Schuld um einen billigen Preis — durch die vom Gegner seiner Klage angelegte Cessions-Urkunde vom 10. Nov. 1824 selbst erwiesen, nach welcher dargethan seyn soll, daß das Handlungs-Haus D. bei dem mit dem Kläger abgeschlossenen Kaufs-Geschäfte um 40,446 fl. Conv.-Münze oder 33,705 fl. Current verkürzt worden sey, auf welche Weise dem N. die Schuld des Beklagten nur um Etwas mehr, als ein Drittel, sohin um keinen billigen Preis, zu stehen kam. —

Dieses Vorbringen ist ganz unstichhaltig, weil das fragliche Kaufs-Geschäft lediglich den Kläger und das Handlungs-Haus D. berührt, sohin ein Dritter für sich hieraus keine Rechte und Verbindlichkeiten ableiten kann, weßwegen ein solches Vorbringen jederzeit als eine wahre Exceptio de jure tertii erscheint; — allein auch abgesehen von der Unstatthaftigkeit der Einmischung eines Dritten, in welcher Eigenschaft Beklagter bezüglich des Kaufes und Verkaufes der

in Frage stehenden Rothschilder=Loose zwischen N. und O. schon nach der Natur der Sache erscheint, ist selbst die Behauptung des zu geringen Empfanges um die oben angezifferte Summe von Seite des Handlungs=Hauses O. unrichtig; — denn

1. sind Staats=Papiere au porteur, worunter die k. k. österreichischen Rothschilder=Loose gehören, eine Waare im Handel und menschlichen Verkehre, sohin Gegenstand der freien und ungebundensten Speculation für Jedermann, ganz vorzüglich aber für Handelsleute; —

2. Der Emissions=Werth dieser Art Staats=Papiere zu 100 fl. pr. Stück Loos von Seite des österreichischen Staates ist nicht ihr effectiver und einziger Preis, weil hiemit auch eine Verloosung sehr bedeutender Prämien verbunden ist, welche den Preis dieser Papiere sehr steigern; dieses Steigen hängt übrigens von besseren zufälligen Umständen ab, eben so wie der Curs des Geldes und einiger verschiedenen Arten Silber=Geld. Dieser Tags=Curs in= und ausländischer Staats=Papiere, Goldes und anderen Effecten — aller Handels=Gegenstände überhaupt — wechselt häufig, so daß er bald steigt, bald wieder fällt, je nachdem die Speculation des Handeltreibenden Publicums unter günstig oder nachtheilig einwirkenden äußeren Einflüssen auf diesen oder jenen Gegenstand gerichtet ist, was die tägliche Erfahrung lehrt; woraus

3. einleuchtet, daß die ausländischen Staats=Papiere überhaupt und insbesondere die Rothschilder=Loose eben so wenig, wie die inländischen Staats=Papiere, einen bestimmten und sich gleichbleibenden Werth (Preis) haben, woher es sich auch erklären läßt, daß die bayerischen Papiere schon einmal weit unter der Hälfte ihres Nominal=Werthes galten, und nun al pari — auch schon weit darüber gestanden sind und noch stehen, und daß die Rothschilder 100 fl. Loose zur Zeit im Curse zu 163 1/2 fl. in Geld; und zu 164 fl. in Papieren nach den Curs=Notirungen in öffentlichen Blättern verkauft werden; ferner

4. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Geschäft, was die Handels=Leute O. und M. für die Summe von 120,000 fl. Current am 10. Nov. 1824 unter sich abgeschlossen

haben, zu den größeren Mercantil-Geschäften zu rechnen sey, wobei weder Richter, noch Gesetze der Speculation der contrahirenden Theile über Größe und Umfang des Geschäftes — über den Preis des Handels-Gegenstandes, d. i. der Waare — und über die Bedingungen des abzuschließenden Geschäftes bestimmte Vorschriften geben oder Gränzen setzen könne; lediglich dem Ermessen der contrahirenden Theile bleibt bei derlei Geschäften die Waaren-Preis-Bestimmung anheim gestellt, welche insbesondere bei Staats-Papieren rein willkührlich ist; — bei dem erwähnten Geschäfte galt das Rothschilder-Loos sowohl dem Verkäufer als wie dem Käufer eine Summe von 200 fl. Current, und diese beiden sind nicht schuldig, dem Beklagten Rede und Antwort oder irgend eine Rechenschaft zu geben, aus welchen Beweggründen jeder von ihnen fragliche Speculation gemacht habe; — endlich ist zu bemerken: daß Niemand vernünftiger Weise mit Gewißheit im Voraus behaupten kann, daß die in Frage stehenden Rothschilder-Loose nicht noch einen Preis von 200 fl. Current pr. Stück Loos, oder selbst einen höheren — erreichen werden.

5. Der Beklagte hat also seine Behauptung, daß das Handlungs-Haus A. bei diesem Mercantil-Geschäfte um die Summe von 40,446 fl. Conv.-Münze oder 35,705 fl. Current zu wenig an der Valuta, welche M. N. ihm zu bezahlen hatte, auf einen solchen Grund — nämlich daß der Preis eines Stückes Rothschilder-Loos nicht mehr, als 146 1/8 fl. und nicht 200 fl. Current geltend angenommen werden dürfe — gebaut, indem eine derlei Waare jenen Werth hat, welchen die Contrahenten ihnen beilegen, woraus folgt, daß Kläger für die cedirte P.'sche Foderung den vollen Betrag von 63,000 fl. 57 kr. entrichtet zu haben angenommen werden kann und muß; —

6. der Umstand, daß Q.'scher Seits die Liquidität und Quantität der fraglichen Foderung — nomen verum — garantirt wurde, ist geletzliches Requisit einer jeden Cession und konnte sohin gar nicht umgangen werden, weil M. N. diese Foderung beim erwähnten Mercantil-Geschäfte an Zahlungs-Statt übernahm. Warum hiebei von Seite des Handlungs-

Hauses Q. als Cedenten die Güte und Einbringlichkeit besagter Schuld nicht garantirt wurde, und Cessionar M. diese Garantie nicht gefordert habe, — mag aus mancherlei Ursachen geschehen seyn, welche als innere Beweggründe der contrahirenden Theile erscheinen, und welche nach dem Rechts-Satze: — **De internis non judicat praetor** — der richterlichen Reflexion nicht untergestellt werden können; — allein selbst die Behauptung des Beklagten als wahr angenommen, daß M. N. die Sicherheit seiner (des Beklagten) Schuld anerkannt habe, weil er sich ihre Bonität — **nomen bonum** — nicht garantiren ließ, so thut dieser Umstand der Zahlung eines billigen Preises für diese Foderung, was ihr Nominalwerth unzweifelhaft ist, keinen Eintrag, und man könnte aus diesem Umstande höchstens folgern: daß Kläger in seiner Speculation der Annahme dieser Q.'schen Foderung an Zahlungs-Statt ohne Garantie, ohne Sicherheit sich geirrt haben würde, wenn solche nicht sicher seyn sollte, was anzunehmen kein actenmäßiger Grund vorliegt.

b) Obgleich schon das erste Essential-Stück zur Geltendmachung der Einrede des anastasianischen Gesetzes mangelt, — daher solche nicht statt fände, wenn auch das Zweite nämlich eine sonderbare Bemühung von Seite des M. N. bei Acquirirung des Beklagten Schuld vorläge, so wird sich jedoch aus Folgendem gleichfalls zur Evidenz zeigen, daß auch dieses zweite Essential-Stück nicht gegeben sey: 1) Die Behauptungen des Beklagten — daß Kläger wegen Einhandlung dieser Foderung oftmals nach S. gereiset sey, und zur Durchsetzung des Geschäftes den Q.'schen Procura-Träger und Haupt-Geschäfts-Führer mit besonderen Belohnungen gewonnen habe, schließen den Begriff einer sonderbaren Bemühung schon an und für sich nicht ein, da es in der Natur der Sache liegt, daß die Abschließung eines so bedeutenden Geschäftes, wie jenes zwischen Q. und N. war, mündliche Besprechungen, Einsicht von Büchern, Correspondenzen ꝛc. ꝛc. voraussetzte, daß hiedurch Reisen von Seite der contrahirenden Theile oder ihrer Bevollmächtigten nothwendig wurden, und daß der wirkliche Abschluß eines solch bedeutenden Geschäftes die Honori-

rung des in den beiderseitigen Comptoirs beschäftigten untergeordneten Personales mit sich zu bringen pflege, wenn man auch

2. auf die Notorität keine Rücksicht nehmen wollte, daß die Gegenwart eines jeden Großhändlers, welcher mit Staats-Papieren, Wechseln u. dgl. Geschäfte zu machen schon die gesetzliche Präsumtion für sich hat, zu S. als der ersten und größten Handelsstadt in verschiedenen Zeitmomenten und wegen verschiedener Handlungs-Geschäfte öfter nothwendig seyn wird; — allein

3. in concreto kann es sich gar nicht mehr um eine sonderbare Bemühung von Seite des M. N. bei Einhandlung dieser Schuld fragen, weil dieselbe nicht von ihm (dem Kläger) dem Handlungs-Hause Q. feil gemacht, sondern vom Letzteren dem Ersteren feilgeboten wurde, was vom Beklagten in seinem Briefe vom 6. December 1824 an den Handels-Mann Q. sich ausdrücklich zugestanden findet, und zwar in den Formalien: „Das, was zu meinem Befremden und Leidwesen schon früher geschehen war, daß nämlich von Hochdenselben Ihre Foderung an mich mehreren Parteien zum Kaufe angeboten worden, haben Sie in Folge Ihres Geehrten vom Gestrigen realisirt; es kann mir in der Hauptsache sehr gleichgültig seyn, ob Ew. Wohlgeboren oder Hr. Dr. R. mein Creditor sey; ich habe rechtmäßige Foderungen in meinem Leben nicht, am wenigsten jene ihres verstorbenen würdigen Vaters bestritten ꝛc. ꝛc., welchen Brief geschrieben zu haben der Beklagte in der Duplik nicht allein nicht widersprechen konnte, sondern die Wahrheit seines Inhaltes auch anerkannte. Nach den eigenen Narraten und Zugeständnissen, welche beklagterseits in den gegenwärtigen Prozeß-Acten vorkommen, stellt sich der Ungrund der vorgeschützten peremtorischen Einrede der Lex anastasiana dar, welche also verworfen werden mußte.

VII. Weder der Liquidität der eingeklagten Foderung in quanto et quali, noch der Verwerfung der Einrede des ana-

stasianischen Gesetzes können die weiter vorkommenden Behauptungen des Beklagten: aa.) daß nicht ihm seine Schuld von Seite Q. zum Kaufe angeboten wurde; und bb.) daß den beiden contrahirenden Theilen, sowohl N., als Q. bei Errichtung des Cessions-Vertrages über die in Frage stehende Schuld wegen ihres verdächtigen Benehmens mala fides entgegenstehe, — Eintrag thun, indem diese Behauptungen gleichfalls ganz grundlos erscheinen; denn nach Cod. civ. P. II. cap. 3. §. 8. Nro. 2. et in not. Nro 8. kann jede Cession einer Foderung ꝛc. ohne Wissen und Willen des Debitoris celli geschehen, sohin bedarf es hiezu seiner Einwilligung zu ihrer Gültigkeit nicht, und es stehet ihm ebenfalls kein Einstands-Recht zu; — überdieß liegt noch der actenmäßige Umstand vor, daß der Beklagte wußte, daß Q. seine Schuld an einen Dritten zu übertragen (veräußern) gesonnen sey, — daher er dieses durch Zahlung hätte abwenden können, wenn ihm eine derlei Cession unangenehm gewesen wäre, dessen Gegentheil er jedoch nach Inhalt des oben erwähnten Briefes vom 6. Dec. 1824 überführt ist, da er hierin erklärt hatte, daß die Person des Gläubigers ihm gleichgültig sey. Was nun beklagterseits zur Begründung einer mala fides gegen N. und Q. vorgebracht wurde, so kann man in der Handlungsweise dieser Personen nichts Ungesetzliches — nichts Verdächtiges finden — was dem rechtlichen Bestande des zwischen ihnen abgeschlossenen Cessions-Vertrages vom 10. Nov. 1824 Eintrag thun könnte, und hieraus eben so wenige gesetzliche Gründe entnehmen, aus welchen der Beklagte nicht den vollen Betrag seiner Schuld an Q. und an dessen Cessionar M. N. zu bezahlen berechtiget seyn sollte, was nach dem Inhalte der Exception und der Acten-Lage überhaupt beabsichtiget worden zu seyn scheint.

VIII. Aus allen diesen Gründen erscheint die eingeklagte Schuld als vollkommen liquid, welcher keine rechtsgültige Einrede entgegengesetzt werden konnte; daher die Verurtheilung des Geklagten in die Zahlung der Haupt- und Nebensache erfolgen mußte. a.) Als Hauptsache erscheint die eingeklagte Summe von 63,000 fl. 57 kr. Conv. Münze, in welchem

Betrage die Gesammtschuldigkeit an das Handlungs-Haus Q. in S. laut der anerkannten Conti-currents und des abgelegten Bekenntnisses bestanden hat, und welcher ganze Betrag an den M. N. cedirt wurde, welcher dem Cedenten für diese cedirte Foderung vergnügliche Satisfaction geleistet hat.

b.) Die Zinsen betreffend, so mußte der Beklagte in die Zahlung derselben verfällt werden,

1. weil er bisher mit der Zahlung im Ausstande blieb, obgleich er schon von Q. und nach eingetretener Cession vom M. N. um die Zahlung angegangen wurde, wie aus den Acten sattsam erhellet, und

2. weil er diese schuldige Summe einstweilen zu seinem Nutzen verwenden konnte — sohin Cod. civ. Max. P. II. Cap. 3. §. 21. Nro. 3. seine volle Anwendung findet.

3. Der Zeitpunct des Anfanges der Zinsen-Zahlung an den Kläger ist der 30. Nov. resp. 1. Dec. 1824., bis zu welchem Momente die Zins-Berechnung des Handlungs-Hauses Q. reicht. —

4. Als Zins-Fuß für diese Saumsals-Interessen mußte Fünf vom Hundert angenommen werden, da dieses nach oben allegirter Gesetzes-Stelle Nro. 5. der gewöhnliche Zins-Fuß ist, und da das Geschäfts-Verhältniß (Verbindung) des Beklagten zu seinem Banquier Q. durch die Cession seiner Foderung an einen Dritten aufgelös't wurde, von welchem Zeit-Puncte an dieselbe nach den Grundsätzen eines Darlehens beurtheilt werden muß, indem es als rein zufällig erscheint, daß Cessionar auch ein Großhändler und Banquier, wie Cedens ist, wodurch man sich eine ähnliche Geschäfts-Verbindung des Geklagten zu dem Kläger — wie früher zu Q. — anzunehmen nicht berechtiget halten kann. —

c. Die Verurtheilung in alle auf diesen Proceß sich erlaufenen gericht!ichen und außergerichtlichen Kosten rechtfertiget sich nach G. O. Cap. 17. § 4. Nro. 2.

* * * am 21. April 1829.

2.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streit-Sache des M. N. gegen O. P. wegen einer Schuld-Foderung zu Recht:

1. Der Beklagte sey zur Zeit nur schuldig, an der eingeklagten Foderung den Betrag von 22554 fl. 56 kr. nebst den seit dem 1. Dec. 1824 an verfallenen und bis zum Zahlungs-Tage noch verfallenden Zinsen hievon zu 5 pCt. zu bezahlen.

Hinsichtlich des eingeklagten Mehrbetrages hingegen habe

2. der Beklagte inner einer zerstörlichen Frist von 30 Tagen zu beweisen, daß M. N. die vom Handlungs-Hause O. an ihn cedirte Foderung um einen nicht billigen Preis an sich gebracht, und daß sich dieser besondere Mühe gegeben habe, diese Foderung an sich zu bringen.

3. M. N. aber habe — zwar nur eventuel — jedoch inner der nämlichen präclusiven Frist zu beweisen, daß die an ihn cedirte Foderung mit Verlust-Gefahr verbunden oder ohne viele Kosten und Mühe nicht einzubringen gewesen sey.

Die Kosten der 1sten Instanz bleiben einstweilen ausgesetzt.

Entscheidungs-Gründe.

Zu 1. Der Beklagte wurde durch Erkenntniß des kön. App. Ger. für schuldig erkannt, die ganze eingeklagte Summe nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. Dec. 1824 angefangen zu bezahlen, derselbe hat in seiner Berufung auf den Betrag von 22554 fl. 56 kr. nebst Zinsen keine Beschwerde gestellt, es muß also in Beziehung auf diesen Betrag beim Urtheile des Appellations-Gerichtes sein Verbleiben haben.

Zu 2. Der vom Kläger gestellten Klage wurde die Einrede des anastasianischen Gesetzes entgegengesetzt, und da diese bei Mercantil-Foderungen, wenn auch im vorliegenden Falle ein Mercantil-Geschäft angenommen werden könnte, im Gesetze nicht ausgeschlossen ist, so wird hiezu nach Cod. civ.

P. II. Cap. 3. §. 8. Nro. 15. nur der Beweis erfodert, daß der Cessionar die cedirte Schuld um einen nicht billigen Preis an sich gebracht, und, um sie an sich zu bringen, sich besondere Mühe gegeben habe; Beides wurde excipiendo behauptet, vom Kläger aber widersprochen.

Beklagterseits wurde zwar behauptet, der Beweis über das erste Erfoderniß ergebe sich schon aus der vom Kläger selbst beigebrachten Cessions-Urkunde, weil M. N. für die vom Handlungs-Hause O. erhaltene Foderung zu 63000 fl. 57 kr. und für die baar erhaltenen 73499 fl. 13 kr. nur 630 Stücke Rothschilder Hundertgulden-Loose hingegeben habe, und diese zur Zeit der Cession nur 146 1/2 fl. im Kurse gestanden seyen. Es ist nun zwar richtig, daß es nicht in der Willkühr der Contrahenten lag, zum Nachtheile des Schuldners und um die Einrede des anastasianischen Gesetzes zu vereiteln, den Werth der erwähnten Loose in einen selbstbeliebigen Anschlag zu bringen, und daß nur der damalige Curs dieser Staatspapiere — als Pretium commune in Berührung kommen kann, weil — wenn schon mit der Erwerbung derselben ein Hoffnungskauf verbunden ist, — dieser durch den erhöhten Curs-Werth schon von selbst mit in Anschlag gebracht wird, indem sich außerdem wohl Niemand dazu verstehen würde, für eine solche Staats-Obligation im Nominal-Werthe zu 100 fl. ungleich mehr zu geben, und eben so richtig ist es, daß M. N. zu seinem Vortheile die Behauptung aufstellte, daß das Geschäft schon am 21. October vor sich gegangen sey, und damals diese Loose zu 148 1/2 fl. resp. zu 153 fl. gestanden seyen, wornach sich eine eben nicht bedeutende Differenz ergeben würde; da jedoch über den Umstand, daß diese Papiere am 10. Nov. 1824, wo die Cession vor sich ging, wirklich nur zu 146 1/2 fl. gestanden seyen, zur Zeit noch keine volle Gewißheit herrscht, so muß der behauptete unbillige Preis, um den M. N. die Foderung an sich brachte, erst noch erwiesen werden. Die Behauptung des Letzteren, daß das Geschäft schon am 21. Oct. 1824 abgeschlossen worden sey, und daß er nach der Replik-Beilage vom 12. Nov. 1824 für die 73499 fl. 13 kr. nur Wechsel empfangen habe,

steht dieser Beweises-Auflage nicht entgegen, weil nur auf den Grund der am 10. Nov. 1824 vor sich gegangenen Cession geklagt wurde.

Was die Beweises-Auflage wegen des Strebens nach der Foderung von Seite des Klägers betrifft, so sind die beklagterseits dafür angegebenen Gründe in der Art, wie sie aufgestellt wurden, keinesweges zugestanden worden; es konnte daher der Beklagte der Verbindlichkeit zum Beweise, daß sich Kläger um die erwähnte Foderung besondere Mühe gegeben habe, nicht enthoben werden; die Behauptung des Letzteren aber, daß Q. die Foderung mehreren Personen angeboten habe, kann die Zuläßigkeit dieses Beweises nicht ausschließen.

Allerdings ist es richtig, daß der Beklagte in einem am 6. Dec. 1824 an Q. geschriebenen Briefe selbst erklärt, es habe dieser die erwähnte Foderung mehreren Personen zum Kaufe angeboten, und daß nach Cod. civ. P. II. Cap. 3. §. 8. in not. Nro. 10. ein Streben nach der Foderung von Seite des Cessionars nicht angenommen werden kann, wenn die Foderung vom Gläubiger quanti plurimi verkauft oder selbst angetragen worden ist; allein von einem Verkaufe quanti plurimi ist hier ohnehin keine Rede und das Anbieten des Cedenten versteht sich nur dahin, daß dasselbe an den Cessionar geschehen seyn müsse; dieser Cessionar ist M. N.; daß aber diesem die Foderung angeboten worden sey, ist weder in dem angeführten Briefe, noch selbst bestimmt zugestanden, und es ist also Sache des Klägers, dieser Behauptung im Gegenbeweise geltend zu machen, wenn er es angemessen findet.

Zu 3. Dagegen ist die Behauptung des Klägers, daß die cedirte Foderung mit Verlust-Gefahr verbunden aber doch ohne viele Mühe und Kosten nicht zu erholen gewesen wäre, nach Cod. civ. P. II. Cap. 3. §. 8. Nro. 15. und in den Anmerkungen Nro. 11. offenbar erheblich, weil — wenn sie bewiesen werden kann, hiedurch die Einrede des anastasianischen Gesetzes ausgeschlossen wird; da sie nun widersprochen ist und auf einer selbstständigen mit der Cession selbst in keiner

unmittelbaren Verbindung stehenden Thatsache beruht, so konnte sie nicht bloß dem Gegenbeweis vorbehalten, sondern sie mußte selbstständig zum Beweise ausgesetzt werden, der aber nur eventuel — nämlich für den Fall entscheidend ist, wenn der Beklagte den ihm auferlegten Beweis herstellen sollte.

Bei der interlocutorischen Natur des Erkenntnisses bleibt der Ausspruch über die Kosten der ersten Instanz einstweilen ausgesetzt.

München, den 7. April 1830.

3.

Ueber Regreßnahme an einen Vormund und die dabei allenfalls nothwendige Streitsverkündigung.

Interlocut.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht R.

Von dem Regreß des Pupillen an seinem Vormund oder protutor wegen unsicher ausgeliehenen und zu Verlust gegangenen Pupillen-Gelder.

Die Streitsverkündigung ist bei der Eviction, nicht auch b. einem Regreß-Anspruche absolut nothwendig. —

Hat sich in der hier anhängig gewordenen Streitsache der Johann H.'schen Baderskinder von S. Kläger an einem gegen den Joseph M., ehemal. fürstl. steueramtl. Probsteirichter von dort, nunmehr dessen Relicten, Beklagten am andern Theile wegen Regreß aus geführter Vormundschaft schriftl. Vortrag erstatten lassen und erkennt zu Recht:

Die Kläger haben in 30 Tagen rechtsgenüglich zu erweisen, daß

a) der bereits mit Tode abgegangene Probsteirichter Jos. M. von L. wirklich ihr Vormünder gewesen oder sich wenigst im Jahre 1798 bei dem Darlehen ihres Capitals ad 500 fl. an die Bierbrauer Ant. W.'schen Eheleute in W. als solchen gerirt haben, und

b) von diesem genannten Capitale 400 fl. nebst 125 fl. Interessen wirklich und zwar aus seinem Verschulden für sie zu Verlust gegangen seyen.

Den Beklagten bleibt der Gegenbeweis inner der oben präfigirten Frist vorbehalten. Susp. exp.

Gründe.

Die Joh. H.'schen Baderkinder von N. haben den ehemal. Probsteirichter Jos. M. nicht als Beamten ihrer Ober-Vormundschaftsbehörde, sondern als ihren Vormund selbst oder als einen solchen Rechnungsführer um den Ersatz von 535 fl. belangt, der während ihrer Minderjährigkeit ausschließend über ihr Vermögen disponirte.

In dieser Beziehung haben sie gegen selben die Behauptung aufgestellt, daß er in der erwähnten Eigenschaft ein zu N. für sie in gerichtl. Verwahr gelegenes Capital ad 500 fl. dem Ant. W., Bierbrauer zu W., als Darlehen verabfolgt habe, ohne sich hiefür die selbst, durch das Gesetz gebotene Sicherheit bestellen zu lassen; dieses grobe Versehen führen sie ferner an, wäre die Ursache des Verlustes gewesen, den sie nachhin in der über das Anwesen ausgebrochenen Gant dahin erlitten hätten, daß sie im Ganturtheile mit einem Capitale per 400 fl. und 6jährl. 3 pCt. Zinsen unter die Currentisten locirt und wegen Unzulänglichkeit der Masse ohne Befriedigung geblieben sind.

Da nun die Gesetze nicht nur allein den wirklichen Vormunder bei Handlungen für seine Pupillen zu dem nämlichen Fleiße verbinden, die ein guter Hausvater in seinen selbstigen Geschäften zu verwenden pflegt, außerdessen er culpam levem bezahlt und jenen den dadurch verursachten Schaden ersetzen muß, Cod. civ. P. I. cap. 7. § 14. Nr. 1., sondern auch alle diejenigen, die Pupillen in guter oder böser Meinung, ohne wirklich als Vormünder bestellt zu seyn, vertreten, unter dem nämlichen Rechtsnachtheile zu gleichem Fleiße obligirt; Cod. civ. P. I. cap. 7. § 33 et 34. Nr. 1., so wäre die Verbindlichkeit zum Schadenersatze auch für die inzwischen erst in das Streitverhältniß getretenen Erben des

Beklagten, nach den Bestimmungen Cod. civ. P. I. cap. 7. § 26. Nr. 3. außer Zweifel, wenn die obenberührten Klags-Asserten als zur juridischen Gewißheit erhoben, vorlägen.

Allein der Beklagte hat in seiner Exception widersprochen, daß er je vorhin Vormund der H.'schen Kinder gewesen, oder sich als solcher bei der Ausleihung ihres Capitals an den Bierbrauer Ant. W. von W. gerirt habe, er hat ferner in Abrede gestellt, daß ihnen durch dieses Darlehen ein Schaden zugegangen sey, endlich daß er an dem vorgeblich erlittenen Verluste dieser 535 fl. Schuld trage.

Da nun dem Kläger obliegt, die widersprochenen Klagsasserte zu erweisen, Cod. jud. cap. 9. §. 1., und die Erfüllung der Klags-Petiten in dem concreten Falle von der rechtlichen Gewißheit der Umstände abhängt, daß der quiescirte Probsteirichter Jos. M. wirklich Vormund der Joh. H. Baderskinder von N. gewesen oder sich wenigst im Jahre 1798 bei dem geschehenen Darlehen ihres Capitals ad 500 fl. an den Ant. W. als solchen gerirt habe und von diesem Capital 400 fl. nebst 125 fl. Interessen wirklich und zwar aus seinem Verschulden zu Verlust gegangen seyen, so mußte erkannt werden, wie im Urtheile enthalten ist.

N. den 4. Dec. 1818.

4.

Definitiv-Erkenntniß Imae.

In der Streitsache der Joh. H.'schen Baderskinder von N. gegen Jos. M., gewesenen Probsteirichter von dort, nunmehr gegen dessen Erben wegen Regresses aus geführter Vormundschaft hat sich das k. Kr.- und Stadtger. N. schriftlichen Vortrag erstatten lassen und erkennt hiemit zu Recht, daß die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen, die Streitskosten aber compensirt werden.

Gründe.

Es handelt sich hier um Ersetzung eines Schadens und Nachtheiles, welcher durch eine Handlung des Beklagten den Klägern verursacht wurde. Diese Handlung besteht darin, daß der Beklagte, welcher der Vorgesetzte der Kläger und Probsteirichter zu L. war, ein Capital der Kläger, welche damals noch minderjährig waren, auf einen Handschein dem Bräuer W. v. W. lieh, und daß dieses Capital in der H.'schen Gant nicht mehr zum Zuge kam.

Auf den Grund des durch Interlocut vom 4. publicirt 31. Dec. auferladenen und geführten Beweises ist nun als juristisch gewiß anzunehmen,

a) daß für die H.'schen Kinder kein Vormund aufgestellt war, daß hiedurch der Beklagte M. als Beamter seine Pflicht verletzte, und also allen Schaden zu ersetzen hat, welcher den Pupillen durch diese Nichtbestellung zuwuchs.

Cod. civ. P. I. cap. 7. § 8. Nr. 3.

Auch machte er sich dadurch als protutor oder negotiorum gestor haftend, daß er dem Bräuer W. eigenmächtig, und ohne Beiziehung und Befragung der Interessenten das Capital per 500 fl. auf einen außergerichtlichen Handschein vorlieh; denn ein guter Vormund würde die Vorsicht einer gerichtlichen Versicherung gebraucht haben.

Cod. civ. p. I. cap. 7. § 12. Nr. 2 et 3.

Es fragt sich aber

b) ob der Verlust des fraglichen Capitals aus dieser culpa levi des Beklagten herrühre.

Sollte der Schaden und Nachtheil von dem Beklagten ersetzt werden müssen, so muß er durch eine Handlung desselben nothwendig und unabweisbar veranlaßt seyn und keinem Zufalle und Niemand anderm imputirt werden können. Der Nachtheil entstand aber dadurch, daß das Capital durch das Prior.-Urtheil des k. Ldgr. Pf. vom 30. März 1811 in die 10te Klasse gesetzt, und auf dasselbe am 9. Juli 1813 bei Vorkehrung des jus delendi durch den k. Advokaten M. verzichtet wurde.

Die unsichere Anlegung des Capitals ist aber nicht die Ursache der Location und des Verzichtes; denn es ist nicht dargethan, daß der Entnehmer W. zur Zeit der Geldaufnahme schon überschuldet war und daß der Beklagte es war, welcher bei der Übergabe des W.'schen Anwesens an den H. dahin einwilligte, daß das Capital liegen bleiben sollte. Es ist also nicht erwiesen, daß das Capital ursprünglich unsicher angelegt war, und dem Beklagten bis zur Zeit des erfolgten Verlustes die Pflicht, für die Sicherheit des Capitals zu sorgen, oblag.

Ferner kann es dem Beklagten nicht zur Last gelegt werden, daß zur Zeit des Prioritäts-Urtheiles der Gantirer nicht mehr in dem Besitze des Schlachtmaier Gütls war und daß das Recht der Kläger in dem Concurse nicht besser vertheidigt wurde; denn weil ein Bürger (W.) vor einem Siegelmäßigen (dem Probsteirichter M., welcher die Urkunde selbst schrieb), die Schuldurkunde errichtete — Cod. jud. cap. 20. § 11. Nr. 2. — und weil in dem Übergangsbriefe vom 14. April 1806 für die H.'sche Foderung ein ausdrückliches Unterpfand bedungen war, so wäre das Urtheil wahrscheinlich reformirt und die streitige Foderung besser locirt worden.

Überdieß kommt zu berücksichtigen, daß die Mutter der H.'schen Kinder als legitime Vormünderin derselben die Pflicht gehabt hätte, um Vormundschaftsbestellung nachzusuchen. Cod. civ. p. I. cap. 7. § 3 Nr. 3. ibid. § 8. Nr. 2.

Sie hätte also auch die Pflicht gehabt, gegen Handlungen des Beklagten, welche sie nicht billigte, die geeigneten Vorkehrungen zu treffen.

Aus diesem Angeführten geht gewiß so viel hervor, daß die fragliche Handlung des Beklagten, unsichere Anlegung des Kapitals die einzige und letzte Ursache des Schadens nicht sey.

Daß aber die Beklagten von der Klage zu entbinden seyen, dieses wird dadurch um so anschaulicher werden, daß dem Beklagten der Streit nicht verkündet wurde, welches doch bei Verlust der Regreß-Klage hätte geschehen sollen.

Cod. jud. cap. 8. §. 2. Nro. 8.

Eben so wurde die Regreßklage dadurch vergeben, daß bei der Anwendung des jus delendi ohne Reservation ein Verzicht eingelegt wurde.

Die vorliegende Klage rechtfertigt sich also in keiner Hinsicht.

Die Kostencompensation rechtfertigt sich dadurch, daß den Klägern kein Streitsmuthwille zur Last gelegt werden kann.

R. den 10. September 1829.

5.

Erkenntniß IIdae.

Das königl. bayer. Uppell.-Gericht des *** Kreises.

Erkennt in Sachen der Johann H.'schen Baders-Kinder von N. gegen Jos. M., pensionirten fürstl. Emmeram'schen Hofkastner zu R., jetzt dessen Erben wegen Regreß aus geführter Vormundschaft zu Recht, daß die Beklagten von der angestellten Klage zu entbinden, die Streitskosten aber zu compensiren seyen.

Gründe.

In Sachen der Joh. H.'schen Baderskinder ꝛc. erkannte das kön. Kr.- und Stadtgericht R. am 4. Dec. 1818, die Kläger seyen schuldig, in Zeit 30 Tagen rechtsgenüglich zu erweisen, daß ꝛc.

Dieses Erkenntniß erwuchs in Rechtskraft und hiemit kommt es bloß darauf an, in wie ferne der auferlegte Beweis hergestellt worden.

Was nun den ersten Satz des Beweisthemas betrifft, daß der bereits mit Tod abgegangene Probsteirichter J. M.

von L. wirklich Vormund der Joh. H.'schen Baderskinder gewesen oder sich wenigstens im J. 1798 bei dem Darlehen deren Capitales ad 500 fl. an die Bierbrauer Ant. W.'schen Eheleute in W. als solchen gerirt habe, so wurde so viel hergestellt,

1. zwei exceptionsfreie Zeugen haben eidlich erhärtet, daß ihnen nicht bekannt sey, daß für die H.'schen Kinder ein Vormund aufgestellt worden wäre, und damit stimmt auch

2. die Proceßvollmacht des kön. Adv. M. zu Vertretung der H.'schen Kinder bei der X. H.'schen Gant d. d. 22. Aug. 1818 überein, indem dieser keineswegs von aufgestellten Vormündern, sondern lediglich von Obervormundschaftswegen aufgestellt worden.

3. Vorerwähnte 2 Zeugen deponirten, daß M. von den Pupillengeldern jedem, der sich darum meldete, Vorlehen ohne Beiziehung von Vormündern machte.

4. Nach dem vorgelegten Depositenbuche des vormaligen Probstei-Gerichtes L. kamen während der Amtirung des Probsteirichters Jos. M. verschiedene Anlehen vor, wobei nur einmal der Einwilligung der Mutter der H.'schen Kinder erwähnt wird, sonst aber allenthalben diese Anlehen ohne Rücksprache mit dieser oder mit einem allenfalls bestellten Vormund geschehen und dieß war auch namentlich der Fall mit dem Vorlehen an den Bierbrauer Ant. W. in W. Endlich und

5. ist der Schuldschein des Ant. W. vom 15. Juli 1798 von der eigenen Hand des Jos. M. geschrieben und enthält das Bekenntniß des erhaltenen Darlehens, ohne zu erwähnen, daß dabei ein Vormund oder die Mutter der H.'schen Kinder mitgewirkt hätten und die Schuldurkunde deßhalb diesen dafür ausgestellt werde.

Hiedurch ist erprobt, daß Jos. M. dieses Vorlehen ganz allein machte und so sich dabei als Vormund gerirte, somit also der erste Satz des Beweisthemas völlig hergestellt.

Nicht eben so genügend ist aber der 2te Satz des Beweis-Themas, daß vom besagten Kapitale 400 fl. nebst 135 fl. Zinsen wirklich aus Verschulden des Probsteirichters Jos. M. für

die Joh. H.'schen Baderskinder zu Verlust gingen, in rechtserfoderlicher Art dargethan.

Es ist zwar an dem, daß das befragte Kapital zu 500 fl. lediglich auf einen außergerichtlichen Schuldschein v. 15. Juli 1798 vorgeliehen worden, und es erscheint dabei um so mehr eine culpa levis des Jos. M., als die Ausleihung der Pupillengelder nach Cod civ. P. I. cap. 7. §. 12. Nro. 2. nur da, wo es mit Sicherheit angeht, zu geschehen hat, als ferner nach Cod. civ. P. I. cap. 7. §. 14. Nro. 1. ein Vormund zu demjenigen Fleiß, welchen jeder gute Hauswirth in dem Seinigen zu verwenden pflegt, verpflichtet ist, und ein guter Hauswirth in der Regel seine Capitalien nur gegen gerichtliche Versicherung auszuleihen pflegt und als endlich nach der rentmeisterschen Instruction v. 24. Dec. 1669 vor allem bei Vormundschafts-Rechnungen darauf zu sehen ist, daß das Pupillen-Vermögen versichert anliegt.

Es ist zudem zwar ferner auch durch einen Extract aus dem Prior.-Erkenntnisse des Xav. H.'schen Concurses d. d. 30. März 1811 und durch ein Attestat des Concurs-Gerichtes v. 8. März 1819 dargelegt, daß die restigen 400 fl. dieses betreffenden Capitals nebst den betreffenden Zinsen aus der Ursache, weil das Schlachtmaier-Gütchen, zu dessen Erkaufung das Geld vorgelehnt worden, nicht mehr unter dem Vermögen des Gemeinschuldners vorhanden gewesen, lediglich als eine außergerichtliche Schuld in die 10te Classe locirt worden und deßhalb hier, nachdem nur mehr die gerichtliche Hypothekschuld einer gewissen A. M. N. v. 29. Sept. 1804 noch zum Zuge gekommen ist, zu Verlust gegangen sind.

Allein nichts desto weniger steht dem Satze, daß die ohne gerichtliche Versicherung geschehene Capitals-Ausleihung die eigentliche wahre Ursache des fraglichen Verlustes gewesen, Folgendes entgegen:

1. Die außergerichtliche Schuldurkunde v. 15. Juli 1798, laut welcher die befragten 500 fl. dem Ant. W. in W. zu Erkaufung des s. g. Schlachtmaier Gütchens vorgelehnt worden, ist von dem Probsteirichter Jos. M. eigenhändig nebst beige-

druckten Insiegel geschrieben und hierin eine General-Hypothek auf das gesammte W.'sche Vermögen constituirt.

Diese Hypothek erscheint also in Anbetracht, daß deren Errichtung von dem bürgerl. Bierbrauer Ant. W. im Markte W. vor dem Probstei-Richter Jos. M. einem siegelmäßigen Individuum geschehen, nach Cod. jud. cap. 20. § 11. Nr. 2, allerdings als eine gültige außergerichtliche Hypothek.

2. Behaupten zwar die Joh. H.'schen Baderskinder, daß diese Hypothek nur darum nicht zu Recht bestünde, weil das W.'sche Anwesen grundbar und die Erholung der grundherrlichen Aufnahme zur Hypothek-Bestellung unterlassen worden wäre.

Allein erwägt man, daß die angebliche Grundbarkeit, so beklagterseits widersprochen worden, mit nichts bescheiniget ist, sondern daß vielmehr actenmäßig das Gegentheil constatirt, indem das W.'sche, nachhin Xav. H.'sche Anwesen während des Concurses in den Subhastationspatenten v. 26. Juni 1810, 4. April 1811 und 24. Mai 1813 öffentlich als ludeigen proclamirt worden, so erscheint diese Einwendung offenbar ungegründet und die bestellte außergerichtliche Hypothek bleibt dagegen vollgültig aufrecht stehen.

3. Wenn auch derlei außergerichtliche Hypotheken nach Cod. jud. cap. 20. § 11. Nr. 3. denen vor ordentlicher Obrigkeit errichteten oder von siegelmäßigen Schuldnern ausgestellten Hypotheken, wenn sie anders mit diesen allein ohne Dazwischenkunft einer andern Hypothek streiten, ohne Unterschied des Alters allzeit ausweichen müssen, so concurriren sie jedoch in dem Falle, daß eine andere Hypothek dazwischen kommt, nach Cod. jud. cap. 20. § 11. Nr. 4. in gleicher Art und Weise mit den obrigkeitlichen Hypotheken und da dieses hier der Fall ist, so würde die beauftragte außergerichtliche Hypothek v. 15. Juli 1798 allen spätern obrigkeitlich errichteten Hypotheken vorgehen und sie würde selbst, da sie schon, bevor das Anwesen von W. auf Xav. H. überging, existirte, das jus quasi separationis begründen. Würde daher

4. die Foderung der Joh. H.'schen Baderskinder in dieser Art bei dem Xav. H.'schen Concurs eingeklagt und gegen die

unrechtmäßige entgegenlaufende Location des Prior.-Erkenntnisses appellirt worden seyn, so würde diese Foderung wahrscheinlich als Separations-Post behandelt oder mindestens sonst als Hyp.-Post locirt worden und so nach ihrer Eigenschaft und nach ihrem Alter zum Zuge gekommen seyn. Da aber jenes nicht geschah, so liegt die Ursache, daß diese Communal-Foderung in dem H.'schen Concurs zu Verlust ging, in der Schuld der Joh. H.'schen Kinder, welche selbe nicht in der erwähnten hypothekarischen Eigenschaft beim Concurs einklagten und durchführten.

5. Diese Schuld wird dadurch noch erhöht, daß die Kläger unterließen, dem damals noch am Leben befindlich gewesenen Hofkastner Jos. M., so die beßte Kenntniß von der Sache gehabt, den Streit beim Concursprozeß zu verkünden.

Die 2te Instanz spricht: daß die Streitverkündigung jedem Regreß-Anspruche vorangehen müsse.

Die Streitsverkündung greift nach Cod. jud. cap. 8. § 2 et annot. lit. a. nicht nur in Evictions-, sondern auch in allen andern Fällen, wo Jemand um die streitige Sache gegen einen Dritten allenfalls den Regreß und die Schadloshaltung mit Fug zu suchen hat, Platz und wenn sie nach Cod. jud. cap. 8. § 2. Nr. 8. et annot. lit. T. gleich nur bei Evictionsfällen dergestalt unumgänglich nothwendig ist, daß bei deren Unterlassung sogleich ohne weiters der Regreß- und das Schadloshaltungs-Gesuch gänzlich hinwegfällt, so hat sie jedoch auch für andere Fälle, wo man um die streitige Sache allenfalls bei einem Dritten den Regreß zu suchen hat und wo sonach diesem Dritten am Ausgange des Rechtsstreites wesentlich liegt, und selber in den meisten Fällen die Aufschlüsse und Gründe zur Rechtsverfolgung am beßten angeben kann, die rechtliche Wirkung, daß, Falls bei unterbliebener Streitsverkündung der auf Regreß Belangte gegen den Regreßsucher darzuthun vermag, daß die streitige Sache durch Mangel hinreichender Rechtsverfolgung verloren gegangen, dadurch der Regreß und das Schadloshaltungs-Gesuch entkräftet wird.

Die Joh. H.'schen Baderskinder sind in dem Xav. H.'schen Concursprozeß ohne Streitsverkündung an den Hofkastner Jos.

M., der die beßte Wissenschaft gehabt, mit ihrer Capitals- und Zinsenfoderung ganz allein aufgetreten und haben es dabei bezüglich ihrer Vorgangsrechte nach der vorwärts bereits aufgeführten Erörterung allerdings an hinreichender Rechts-Verfolgung ermangeln lassen; mit vollem Recht wird daher auf den Grund dieser mangelhaften Rechtsverfolgung ihrem Regreß-Anspruch von dem Hofkastner Jos. M., jetzt von dessen Erben die unterlassene Streits-Verkündung entgegengesetzt und dadurch deren Regreß-Anspruch entkräftet, zumal die Joh. H.'schen Baderskinder auch ohne alle Rücksprache mit Jos. M. auf das jus delendi verzichteten und dadurch das Gant-Gut selbst unter dem letzten Schätzungspreis vom 10. Mai 1813 wegging.

6. Ein fernerer Mangel hinreichender Rechtsverfolgung, so den Joh. H.'schen Baderskindern bei unterlassener Streits-Verkündung zur Last fällt, und sohin gleichfalls Elisir-Grund des Regreßanspruches für die Beklagten ist, besteht darin:

der Transport des H.'schen Capitals von W. auf Xav. H. geschah ohne ausdrückliche Einwilligung des Jos. M. und der H.'schen Kinder und erscheint daher lediglich als eine Assignation.

Da nun diese im Xav. H.'schen Concurs nicht realisirt werden konnte, hingegen W. in dem Xav. H.'schen Concurs mit 3000 fl. zum Zug kam, so hätte hierauf Arrest gelegt und mit der actione personali debiti belangt werden können und sollen, auch dießfalls würde die befragte Capitals- und Zinsenfoderung nicht zu Verlust gegangen seyn und die Unterlassung hievon fällt wieder auf die Schuld der Kläger und diese Schuld ist ebenfalls zunächst eigentliche Mitursache des eingetretenen Capital- und Zinsen-Verlustes.

Über All dieses aber und

7. war W. schlüßlich und bei Erhaltnng des Darlehens, wie kläger'scherseits selbst noch zugegeben wird, wohlhabend und nichts weniger als überschuldet. Es war dieses auch noch der Fall, als das Anwesen des W. an Xav. H. kam,

indem nach dem Kaufbrief vom 14. Apr. 1806 W. um 29,000 fl. verkaufte und damals dessen Schulden sich nur auf 20,000 fl. beliefen. Wäre dazumal das H.'sche Capital anheim genommen worden, was zu realisiren gewesen wäre, so würde es nicht zu Verlust gegangen seyn. Allein dazumal war Joseph M. schon längst nicht mehr Probsteirichter in N., da nach dem vorgelegten Depositenbuch schon mit dem Jahre 1802 ein anderer Probsteirichter erscheint. In so ferne dieser, gleich seinem Vorfahrer, den Joh. H.'schen Baderskindern keine Vormünder bestellte, und die Administration des deponirten Pupillengeldes selbst fortsetzte, wie denn auch selber nach dem vorgelegten Depositenbuche von den deponirten Pupillen-Geldern ohne Erwähnung beygezogener aufgestellter Vormünder Capitals-Ausleihungen machte und Communal-Zurückzahlungen in Empfang nahm und in so ferne weiter also solcher unter diesen Umständen bei dem Übergang des W.'schen Anwesens an Xav. H. das nicht gerichtlich versicherte Capital der Joh. H.'schen Baderskinder beizutreiben verabsäumte, und auf Xav. H. in gleicher Weise übergehen ließ, dann selbes nicht gleich damals nach seinem Vorgänger in Anspruch nahm, oder in so ferne, wenn er den J. H.'schen Baderskinders-Kindern wirklich Vormünder bestellt haben sollte, selbe gleichfalls unterließen, das befragte nicht gerichtlich versicherte Capital dazumal beizutreiben oder wenigstens den vormaligen Probsteirichter Jos. M. damals darum in Anspruch zu nehmen, so fällt, da nachher dadurch der befragte Capitals- und Zinsen-Verlust erfolgte, die Schuld dießfalls auf diese, da nach **Cod. civ. P. I. cap. 7. § 12. Nr. 3.** jeder tutor oder protutor und sohin auch deren Nachfolger unsichere Capitalien fleißig beizutreiben haben und dafür responsabel und tenent sind.

Aus allem bisher Aufgeführten ergibt sich demnach, daß die Ursache des stattgehabten befragten Capitals- und Zinsen-Verlustes keineswegs in der ohne gerichtliche Versicherung geschehenen Kapitals-Ausleihung, sondern darin bestanden hat, daß unterlassen worden, das fragliche Kapital sammt Zinsen bei dem Übergang des Anwesens des W. an Xav. H. erfo-

derlich und gehörig beizutreiben und nachher beim X. H.'schen Concursprozeß mit erfoderlich gewesener hinreichender Rechts-Verfolgung in Anspruch zu nehmen.

Hieran haben aber der vormalige Probsteirichter Jos. M. und dessen Erben keine Schuld und sohin ist der 2te Satz des Beweisthemas, daß der befragte Capitals- und Zinsen-Verlust wirklich aus Verschulden des Probsteirichters Jos. M. entstanden, nicht erprobt.

Wenn nun zwar der erste, nicht aber auch der 2te Satz des Beweisthemas erprobt worden, beides jedoch nach der copulativen Beweisauflage erfoderlich gewesen wäre, so kommen die Beklagten von der angestellten Regreßklage zu entbinden.

Die Streitskosten eignen sich nach Cod. jud. c. 17. § 4. Nr. 3. zur Compensation, da die Kläger in Ansehung, daß sich der vormalige Probsteirichter Jos. M. als ihr Vormund gerirte und das befragte Capital ohne gerichtliche Versicherung auslieh, doch nicht als temerarie litigantes angesehen werden können.

A. den 30. October 1820.

Erkenntniß IIItiae.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der Kinder des Baders Joh. H. zu N. wider den Probsteirichter und Kastner M. daselbst, Entschädigung wegen unsicher ausgeliehenen Waisengelder betreffend zu Recht:

der Beklagte ꝛc. M. jetzt seine Erben seyen schuldig, den Erben des Baders H. die an Ant. W. zu W. ausge-

liehenen, in der Xav. H.'schen Gant verloren gegangenen vierhundert Gulden sammt 3 pCt. Zinsen vom 15. Juli 1809 an, so weit die Verlassenschaft ihres Vaters reicht, zu ersetzen.

Die Prozeßkosten werden verglichen.

Gründe.

Die Kläger hatten nach dem rechtskräftigen Interlocut vom 5. December 1808 zu beweisen ꝛc.

Daß die Kläger den ersten dieser Beweissätze vollständig bewiesen haben, ist schon in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse der 2ten Instanz gründlich auseinander gesetzt worden.

Auch ist gewiß, daß der verstorbene Probsteirichter M. die fraglichen 500 fl. an seinen Schwager, den Bierbrauer Ant. W. gegen den Schuldschein vom 15. Juli 1798 ausgeliehen hat und daß diese Foderung in der im Jahre 1810 ausgebrochenen Xav. H.'schen Gant verloren gegangen ist.

Es kommt also nur noch darauf an, ob dieser Verlust durch die Schuld des Probsteirichters erfolgt sei?

In dem Schuldscheine vom 15. Juli 1798 ist zwar bemerkt, daß die dargeliehenen 500 fl. zur gänzlichen Abführung des Kaufschillings für den Schlachtmaierhof verwendet werden sollen, und derselbe enthält zugleich die Verschreibung einer General-Hypothek von Seite des Schuldners; allein da der Kastner M. nicht zugleich für den Beweis der geschehenen Verwendung dieser Waisengelder zur Bezahlung des Kaufschillings für den Schlachtmaierhof gesorgt hat, so hätte ein bei der Xav. H.'schen Gant von dieser Verwendung abzuleitendes Vorzugsrecht selbst dann nicht stattgefunden, wenn auch dieser Hof sich noch bei dem Anwesen des Gantleiders befunden hätte, und da der Schuldschein vom 15. Juli 1798 weder von einem Notar noch von einer siegelmäßigen Person ausgefertiget, noch von drei Zeugen unterzeichnet, sondern lediglich von dem bürgerlichen Bierbrauer Ant. W. unterschrieben und mit seinem Siegel versehen ist, so konnte er nach der

Vorschrift der Gerichts-Ordnung cap. 20. § 11. Nr. 2. nicht einmal eine außergerichtliche giltige Hypothek begründen.

Könnte aber auch eine giltige außergerichtliche Hypothek als durch den erwähnten Schuldschein bewirkt angenommen werden, so hätte sie doch nach der Vorschrift des Gesetzes der gerichtlichen ausweichen müssen, und würde also bei der H.'schen Gant in jedem Falle leer ausgegangen seyn, da der in der G.-O. cap. 20. § 11. Nr. 3. bestimmt ausgenommene Fall, in welchem außergerichtliche Hypotheken mit gerichtlichen concurriren, wenn sie nämlich nicht mit solchen allein, sondern auch mit stillschweigenden Hypotheken streiten, in der H.'schen Gant gar nicht vorhanden war, sondern die sämmtlich der Maria N., die in dieser Gant das jus delendi ausübte, vorgegangenen Foderungen sich auf ausdrücklich obrigkeitlich errichtete Hypotheken gründeten, denen eine außergerichtliche Hypothek immer hätte ausweichen müssen.

Auch an die Ausübung des juris quasi separationis konnte nicht gedacht werden, da dieses Recht nach der Gerichts-Ordnung cap. 20. § 18. eine giltige Verpfändung jenes Gutes des frühern Schuldners, das an den Gantleider übergegangen ist, voraussetzt, eine solche aber nicht vorhanden war.

Überdieß bestand das Activvermögen der in Concurs gerathenen Xav. H.'schen Eheleute fast allein aus dem übernommenen W.'schen Anwesen und auf diesem lagen schon weit mehr auf gerichtlichen Hypotheken gegründete und also der Joh. H.'schen Schuld vorgehende Foderungen, als aus seinem Erlöse befriedigt werden konnten.

Da hienach durch eine Appellation gegen das in die Xav. H.'sche Gant ergangene Prioritätsurtheil die Befriedigung der H.'schen Waisen nicht hätte bewirkt werden können, ihre Foderung aber auch nach der von der Maria N. geschehenen Ausübung des juris delendi als weit älter, denn die meisten, welche bezahlt worden sind, nicht verloren gegangen sein würde, wenn bei der Ausleihung nach Vorschrift des Gesetzes Landr.

Th. I. cap. 7. § 12. Nr. 2. für die Sicherheit des Waisen-Capitals wäre Sorge getragen worden, so hat der Probstei-Richter M. durch sein gesetzwidriges Benehmen bei Ausleihung der fraglichen Waisengelder ihren Verlust veranlaßt.

Da ferner im vorliegenden Falle, wo von keiner Gewährleistung die Rede ist, nach Vorschrift der Gerichts-Ordnung cap. 8. § 2. die bei der Xav. H.'schen Gant versäumte Streits-Verkündigung dem Regreß an dem Ausleiher des Capitals nur dann im Wege stände, wenn gezeigt werden könnte, daß diesem letztern möglich gewesen wäre, das Geld aus der H.'schen Gant zu erhalten, dieses aber nicht der Fall ist, so kann die gegen den Probsteirichter M. angestellte Regreßklage auch durch die Einwendung der Unterlassung der Streit-Verkündung bei dem H.'schen Concurs nicht entkräftet werden.

Die III. Instanz spricht: die Streit-Verkünd. ist nicht bei jedem Regreß-Anspruche, sondern nur bei der Eviction nothwendig.

Eben so wenig kann den H.'schen Kindern zum Nachtheile gereichen, daß ihr Vertreter bei der H.'schen Gant auf die Ausübung des juris delendi verzichtet hat, ohne dem Probsteirichter M. Nachricht zu geben, da dieser, um jenes Recht an ihrer Stelle auszuüben, das auf nicht mehr als 11,285 fl. geschätzte Xav. H.'sche Anwesen um mehr als 24,000 fl. hätte an sich bringen müssen, welches ihm, der nur ein Vermögen von 452 fl. 40 kr. zurückgelassen hat, ganz unmöglich gewesen wäre und auch im Falle der Möglichkeit mit Vernunft nicht hätte bewerkstelliget werden können.

Die Behauptung, daß Ant. W. mit 3000 fl. zum Zuge gekommen sey und sich also an diesem Capital noch hätte erholt werden können, ist ungegründet, indem W. nach dem über die Ausübung des juris delendi aufgenommenen Protocolle vom 9. Juli 1813 Nr. 51. des II. Bandes der H.'schen Gantacten diese 3000 fl. aufzugeben gezwungen gewesen und späterhin zwar wegen seines Natural-Austrages in Folge eines Erkenntnisses der dritten Instanz vom 20. Juni 1814 zur Ausübung des juris delendi zugelassen worden ist, sich jedoch nach Ausweis des Protocolles vom 14. Juli 1814 Nr. 87. Bd.

II. der H.'schen Gantacten aus Unvermögen die nöthige Summe aufzubringen, gezwungen gesehen hat, das Anwesen dem Benedict K. gegen einen dreijährigen, ihm und seinem Tochtermanne bewilligten Genuß des Guts zu überlassen.

Zwar hätte die Joh. H.'sche Foderung vielleicht noch vor der Übergabe des W.'schen Anwesens an die Xav. H.'schen Eheleute beigetrieben werden können; allein da die H.'schen Waisen, wie aus ihrer Vollmacht zum H.'schen Concurs erhellt, bei jener Übergabe und lange nachher noch minderjährig waren, so befanden sie sich außer Stande, diese Handlung der Vermögens-Verwaltung zu unternehmen. Sie hätten vielmehr demjenigen obgelegen, der sich bei Ausleihung des Capitals von 500 fl. als Vormund dieser Waisen betragen, das Capital unsicher ausgeliehen und sie überdieß auch dadurch in die Unmöglichkeit gesetzt hatte, den ihnen durch sein Verschulden veranlaßten Schaden wieder gut zu machen, daß er gegen die Vorschrift des Landrechts Thl. I. cap. 7. § 6. Nr. 7. und § 29. ihnen Vormünder aufzustellen unterlassen hat, und von seinem Amte abgetreten ist, ohne diese seine Schuldigkeit beobachtet oder für die Sicherheit des ausgeliehenen Capitals gesorgt zu haben.

Sollte endlich auch dem Nachfolger des Kastners M. im Amte einige Mitschuld an dem Verluste des fraglichen Waisen-Capitals beizumessen seyn, so konnte dieses hier nicht in Betracht kommen, da derselbe mit seinen Einwendungen nicht gehört ist, aus den Acten nicht erhellt, wann er dem Probsteirichter M. im Amte nachgefolgt sei und auch nach der Vorschrift des Landrechts Th. IV. cap. 16. § 4. Nr. 5. den Beschädigten freistand, sich an den Haupturheber ihres Verlustes, dessen gesetzwidriges Benehmen klar erwiesen ist, allein zu halten.

Die im Schuldscheine vom 15. Juli 1798 bedungenen 3 pCt. Zinsen können nur als seit dem 15. Juli 1809 ausständig betrachtet werden, weil sie im H.'schen Concurse nur als von dieser Zeit an rückständig angemeldet worden sind.

Aus diesen Gründen sind die Erkenntnisse der vorhergehenden Instanzen auf die im Urtheile ausgedrückte Weise abgeändert worden.

München, den 5. Juni 1821.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Secr. Fränkl.

(Heutzutage hätten die Kläger ihr gutes Recht wegen Mangels der revisiblen Summe nicht mehr gefunden.)

7.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht München.

1. Gehören gutsherrl. Gerichts-Diener in die Kathegorie öffentl. Diener?

2. Wenn ein solcher — wegen eines in einem frühern Dienste begangenen Verbrechens — lediglich von der Instanz entlassen, inzwischen aber von einem andern Gutsherrn angestellt wird: kann er den letztern Dienstesherrn wegen Gehaltsentzugs auf Entschädigung belangen?

Erkennt in der Streitsache des Joh. S. gegen Em. Frhr. v. P., Gehalts-Verabreichung betreffend auf erstatteten Vortrag zu Recht:

Beklagter sey zur Zeit von der Klage, wie sie angebracht ist, zu entbinden, und Kläger schuldig, die Kosten zu tragen, von welchen jedoch die gerichtlichen außer Ansatz bleiben.

Gründe.

Emanuel Frhr. v. P. nahm den Jos. S., Gerichtsdienerssohn von Waggenhofen, kön. Ldger. Vohenstrauß laut vorgelegter und anerkannter Urkunde vom 10. Jän. 1829 in Rücksicht der nachgewiesenen guten Befähigung als definitiven Gerichtsdiener bei seinem Patrim.-Gerichte Sch. auf, und setzte ihm neben Überlassung der gewöhnlichen Sporteln einen ansehnlichen Gehalt in Geld und Naturalien aus.

S. war, wie er selbst sagt, durch eine unglückliche Combination seiner frühern Dienstes-Verhältnisse wegen Betruges in Untersuchung gerathen; es wurde wider ihn noch vor Ablauf des ersten Jahres seines neuen Dienstes, während dessen er mit Bewilligung des Guts- und Gerichtsherrn geheirathet hatte, die Special-Inquisition verhängt und es erfolgte endlich sub publ. 8. Nov. 1830 das Erkenntniß, daß die Untersuchung wegen mangelnden Beweises eingestellt sey.

Gesetzlicher Vorschrift gemäß mußte S. nach verhängter Special-Inquisition seines Dienstes enthoben und für ihn ein anderes Individuum aufgestellt werden.

Die Dienstesenthebung geschah am Ende Jän. 1830 damit aber auch die Einziehung des größten Theiles seines Gehaltes während der Dauer der Special-Inquisition.

Als das Erkenntniß auf Entlassung von der Instanz erfolgt war, stellte Frhr. v. P. am Schlusse des Monats Jän. 1831 die Gehalts-Verreichung ganz ein.

Dieses veranlaßte den S., Klage zu erheben und gestützt auf Art. 438. Thl. II. d. St.-G.-B. darauf anzutragen, daß der Beklagte, Frhr. v. P., für schuldig erkannt werde, ihm

a) für die Dauer der Spec.-Untersuchung den Gehalt auf zwei Drittel zu ergänzen und

b) diese zwei Drittel bis zum 8. Nov. 1832 fort zu entrichten, wo er, nach Art. 392. Thl. II. d. St.-G.-B. wieder in den ganzen Gehalt einzutreten habe.

Zugleich bat Kläger

c) dem Beklagten die Verabreichung der zwei Drittel provisorio modo aufzutragen.

Frhr. v. P. bestritt excipiendo bezüglich der Hauptsache die Anwendbarkeit der Bestimmung des Art. 438. Thl. II. d. St.-G.-B. auf den Kläger, indem derselbe kein öffentlicher, sondern nur ein mittelst besondern Contracts aufgenommener Amtsdiener sey, über dessen Dienstverhältniß die Privatgesetze entscheiden.

Nach diesen Gesetzen behauptete Frhr. v. P. könne Kläger an ihn die erhobenen Ansprüche nicht machen, indem derselbe in Folge des Resultats der Untersuchung, deren Ursache

schon vor der Aufnahme in den Dienst gegeben war, unfähig geworden sey, den von beklagter Seite nicht unvorsichtig oder fahrläßig, sondern auf den Grund der vorgelegten guten Leumundszeugnisse abgeschlossenen Dienstcontract zu erfüllen. Mit dem Aufhören der contractmäßigen Leistungen hebe sich der Contract selbst auf, und diese Aufhebung falle mit ihren Wirkungen lediglich dem Kläger zur Last, da Beklagter dessen Dienste, wenn er auch wollte, nicht mehr gebrauchen dürfe, und eben deßhalb einen neuen Gerichtsdiener habe aufstellen und besolden müssen.

Was er ohne Verbindlichkeit aus Gnade während der Specialuntersuchung gereicht habe, könne ihm nichts präjudiciren, die Reichniß sey lediglich an des Klägers Frau geschehen.

Wenn aber auch, fuhr Beklagter fort, der Kläger als öffentlicher Diener betrachtet werden könnte, so würden demselben nach Art. 440. Thl. II. d. St.-G.-B. seit Einstellung der Untersuchung kein Gehalt oder Pension und für die Dauer der Specialuntersuchung zwei Drittel des Gehaltes nur unter der Bedingung gebühren, wenn er den Gerichtsherrn für die Leistungen an den inzwischen aufgestellten neuen Gerichtsdiener entschädigte, indem der gedachte Artikel nur von öffentlichen Dienern des Staates, nicht aber den Gutsherrn rede, welche — gleich jedem andern Unterthan — in ihren Privatrechten geschützt werden müssen.

In Ansehung des Provisoriums bemerkte Frhr. v. P., daß er bei erloschenem Dienstvertrage weder überhaupt zur Verreichung eines Unterhaltes, noch in specie zu den gefoderten zwei Dritteln der Besoldung verbunden sey, und daß er auch aus dem Titel der ertheilten Heirathsbewilligung zu nichts verhalten werden könne, da Kläger und dessen Frau noch jung und kräftig zum Selbsterwerbe fähig seyen.

Er bat sofort um Entbindung von der Klage in allen Beziehungen unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Duplicando suchte S. zur Hauptsache seiner Eigenschaft als öffentlicher Diener und somit sein Recht, nach Art. 438, dem der Art. 440 Thl. II. des St.-G.-B. nicht entgegenstehe,

behandelt zu werden, ausführlich zu deduciren, — den Umstand, daß Beklagter einen neuen Gerichtsdiener bestellen und besolden mußte, als einen Zufall zu erklären, der den Gutsherrn, wie jeden andern Eigenthümer treffe, und wovon ihm, Kläger, bis zum Beweise des zur Last gelegten Verbrechens keine Schuld und Ersatzverbindlichkeit mit zugeschrieben werden könne, — ferner die guten Leumundszeugnisse, auf deren Grund die Aufnahme erfolgte, so lange als richtig darzustellen, bis das angeschuldigte Verbrechen und damit das Gegentheil erwiesen wäre, — sofort auch für irrelevant zu erklären, ob die Handlung, deren er beschuldigt worden, schon vor oder erst nach seiner Anstellung zu S. begangen worden seyn sollen, weil die Begehung nicht constatirt und das „Schuldig“ nicht ausgesprochen sey, — endlich zu widersprechen, daß Beklagter während der Untersuchung des Klägers lediglich der Frau des Letztern die Reichnisse gemacht habe.

Circa provisorium erklärte S. den gestellten Antrag bei seiner unbestrittenen Mittellosigkeit durch den ohne Rücksicht auf Arbeitsfähig- oder Unfähigkeit ausgestellten Gehaltsbrief begründet, bemerkte, daß er die Unterhaltsfoderung nicht auf die Heirathslicenz gestützt habe und wiederholte die Klagspetiten.

Hält man dieses gegenseitige Vorbringen, welches durch die Duplik im Wesentlichen nicht alterirt ist, mit der in der Hauptsache unstreitigen Thatgeschichte und dem Gesetze zusammen, so ergibt sich folgendes rechtliche Resultat:

1. Es ist zweifellos, daß gutsherrliche Gerichtsdiener in die Kathegorie der öffentlichen Diener gehören.

Die gutsherrlichen Gerichte sind ebenso, wie die königlichen, öffentliche Ämter. Der Umstand, daß das Amtspersonal, worunter nach Cod. jud. cap. 2. § 9. Gerichtsdiener gehören, bei den königlichen Gerichten aus den Mitteln des Staates, bei den aus königlicher Ermächtigung geführten Gerichten der Gutsherren aber aus der Cassa der letztern bezahlt und erhalten werden, ändert durchaus nichts an dem öffentlichen Character des Personals, da derselbe durch das Amt, nicht aber durch die Besoldungsquelle bedingt wird.

2. Öffentlichen, der Specialinquisition untergebenen Dienern darf nach Art. 438. Thl. II. des St.=G.=B. bei der Suspension vom Amte nur ein Drittel ihres Gehaltes bis zum rechtskräftigen Erkenntnisse einstweilen zurückbehalten werden, und die Wirkungen der Special=Inquisition dauern nach Art. 440. bei einer bloßen Entlassung von der Instanz so lange fort, als nicht der Angeschuldigte nach wieder aufgenommener Untersuchung ein verurtheilendes oder lossprechendes Erkenntniß erhält, in welch letzterm Falle derselbe nach Art. 439. den inzwischen eingezogenen Gehalt zurückerlangt und zugleich von Rechtswegen in seinen Dienst wieder eingesetzt wird.

3. Diesem gemäß möchte es scheinen, es habe der von der Instanz entlassene Kläger in seiner Eigenschaft als definitiver öffentlicher Diener das Recht, nicht nur die Ergänzung der zwei Drittel seines Gehaltes während der Dauer der Specialinquisition, sondern auch den Fortbezug fraglicher zwei Drittel bis auf weiteres zu fodern und jedenfalls Anspruch zu machen anf provisorischen Unterhalt während des Streites über Wiedererlangung der ihm verweigerten zwei Gehalts=Drittel; allein bei näherer Erwägung zeigt sich,

4. daß dieser Schein falsch ist. — Die Bestimmungen der allegirten Artikel sind nämlich nur anwendbar auf Individuen, welche im öffentlichen Dienste bereits gestanden sind, als sich die Verhältnisse ergeben haben, wegen denen die Versetzung in den Anklagestand und die bloße Einstellung der Untersuchung erfolgte.

Dieß wird klar, wenn man erwägt:

a) daß das Straf=Gesetz=Buch da, wo es von Bestrafung der Staats= oder öffentlichen Diener redet, immer Individuen voraussetzt, die bereits im Staats= oder öffentlichen Dienste stehend, strafbare Handlungen begehen, folglich auch da, wo von der Wirkung der wegen solchen eintretenden Untersuchungen und Erkenntnisse die Sprache ist, nothwendig dieselbe Voraussetzung herrschen muß, und zwar um so mehr, als

b) Individuen, wider welche der Verdacht einer strafrechtlichen Handlung steht, vor Entfernung dieses Verdachtes

in rechtlicher Ordnung Staats- oder öffentliche Dienste schon gar nicht erlangen und daher auch nicht in den Fall kommen können, die für öffentliche Diener gegebenen Bestimmungen anzusprechen.

Überdieß ist

c) durch diese Bestimmungen offenbar nur die Härte entfernt, welche sich ergäbe, wenn einem öffentlichen, mit Gehalt versehenen Diener, der während seines Dienstverhältnisses einer strafrechtlichen Handlung verdächtig, sofort des Dienstes enthoben und so lange er sich nicht reinigen kann, zum Dienste auch nicht wieder zugelassen wird, dieses Verdachtes halber der ihm schon vor der Entstehung des Verdachtsgrundes ausgesetzt gewesene Gehalt gänzlich entzogen würde.

Gelten aber die fraglichen Bestimmungen nur für Staats- oder öffentliche Diener, die nach ihrer Anstellung in Verhältnisse gerathen, in Folge deren sie der Strafgesetze gemäß vom Dienste suspendirt werden, so kann sich der Kläger nicht auf sie berufen, weil er noch nicht angestellt war zur Zeit, wo die, den Grund seiner Anklage und Instanzentlassung und damit die Suspension von dem inzwischen erlangten Dienste bildenden Verhältnisse eingetreten sind.

Mit dem Eintritte dieser Verhältnisse ist die Qualification des Klägers bei den öffentlichen Dienst in rechtlicher Hinsicht problematisch und derselbe hiedurch außer Stand gesetzt worden, sich zum öffentlichen Dienste definitiv zu verdingen: die gesetzliche Kraft und Gültigkeit der factischen Verdingung hing davon ab, ob sich das im Verdingungs-Momente bestandene Qualifications-Problem zu des Verdingers Vor- oder Nachtheil lösen, d. h. ob derselbe im Stande seyn werde, sich von dem Scheine der Begehung einer strafrechtlichen Handlung zu reinigen oder nicht. Das im Verlauf der Sache an den Tag gekommene Unvermögen des Klägers, den Verdacht zu entfernen, welcher, so lange er existirt, gesetzlich unfähig macht, einem öffentlichen Dienste vorzustehen, somit dasjenige zu leisten, wozu sich der Kläger verpflichtet und wogegen er die Zusicherung eines Gehaltes erlangt hat,

bewirkt die Suspension des bedingten Rechtsgeschäftes und enthebt für die Dauer dieses Zustandes den Dienstherrn ebenso der Erfüllung seiner eingegangenen Verpflichtungen, wie es den Diener seiner Function enthoben hat.

Es ist demnach

5. nicht gleichgültig, wie Kläger replicando meint, ob die ihm zu Last gelegte Handlung schon vor oder erst nach seiner Anstellung begangen worden seyn soll; denn in jenem Falle ist der Dienstcontract hinsichtlich seiner rechtlichen Wirkung durch die Folgen der frühern Handlung bedingt und wird erst kräftig, wenn diese Folgen sich nicht nachtheilig für den Contract äußern: im zweiten Falle dagegen ist der Vertrag zur Zeit des Abschlusses unbedingt und tritt sogleich in jene Wirksamkeit, welche die Gesetze damit verbinden, erzeugt sonach auch, weil es die Gesetze also bestimmen, für den Dienstherrn die Verbindlichkeit, dem Diener, welcher verdächtig geworden ist, während der Dienstzeit eine strafrechtliche Handlung verübt zu haben, einen Theil des Gehaltes so lange zu belassen, bis derselbe vom Verdachte sich gereinigt haben oder bis dessen Schuld ausgemittelt seyn wird.

6. Wird die rechtliche Gültigkeit des Dienstcontracts durch die gesetzliche Qualification des Dieners im Momente der Eingehung bedingt, so entscheidet es nichts, ob letzterer einer strafbaren Handlung für schuldig erklärt, oder bloß als verdächtig ausgesprochen worden ist; in beiden Fällen erscheint er als ein Individuum, das aus Verhältnissen vor dem Contracte die gesetzliche Qualification für den Dienst nicht hatte und dessen Contracts-Abschluß also unwirksam ist.

7. Einen Diener aufzunehmen oder definitiv anzustellen, hinsichtlich dessen er schon bei der Aufnahme ungewiß war, ob er das, wozu er sich verpflichtete und wogegen er Gehalt beziehen sollte, werde leisten dürfen, kann nicht als in der Intention des Beklagten gelegen angenommen, sonach der Contract auch nicht von dieser Seite als wirksam betrachtet werden. Kläger behauptet nicht, daß er dem Beklagten vor oder bei der Anstellung von den, seine Dienstqualification bedingenden, wahren Verhältnissen Kenntniß gegeben und daß

ihn letzterer in diese Kenntniß aufgenommen habe; vielmehr bewährt der von klägerischer Seite selbst producirte Dienstcontract, daß Klägers Aufnahme in Rücksicht der nachgewiesenen guten Befähigung, also auf den Grund des dem Beklagten beigebrachten Glaubens, daß ein Qualifications-Mangel nicht begründet sey, erfolgt ist. Es gebricht daher am wahren und vollkommenen Consense des Beklagten bei Eingehung des Vertrages; der Beklagte erscheint als im Irrthume befangen. Der Irrthum betrifft einen Hauptgegenstand der Convention, ist durch den Kläger schuldhaft veranlaßt und hebt sonach die Verpflichtung auf, die der Beklagte irrthümlich und unfreiwillig übernommen hat.

Cod. civ. P. IV. cap. 1. § 5. Nr. 2. dann § 25. ad 3.

8. Nutzlos ist die Behauptung, daß die gute Befähigung so lange als nachgewiesen und die Beweisbehelfe als richtig angenommen werden müssen, bis einmal das Gegentheil dargethan sey; denn es steht fest, daß Kläger ungeachtet der Nachweisungen, die er für seine Qualification lieferte und auf welche hin er die Anstellung erlangte — in einer die Dienstesunfähigkeit möglicherweise involvirenden Lage sich befunden und daß er da, wo es darauf ankam, sich für das engagirte Geschäft als weislich qualificirt zu beweisen, solches nicht vermocht hat. Wer Ansprüche aus Verhältnissen geltend machen will, zu deren Eingehung eine besondere Eigenschaft erfodert wird, muß das Daseyn dieser Eigenschaft dem allenfalls widrigen Scheine entgegen darthun, er muß sich reinigen und kann nicht begehren, daß ihm das Gegentheil bewiesen werde.

9. Dadurch, daß Kläger nicht im Stande war, den Verdacht zu entfernen, daß er schon bei dem Dienstantritte eine für den Dienst untauglich machende Handlung verübt habe, trifft der Schaden Niemand andern, als ihn selbst, wenn auch dieses Unvermögen nur Zufall gewesen seyn soll, weil die Handlung, bezüglich deren er sich zufällig nicht reinigen konnte, in die Zeit fällt, wo er noch nicht definitiv bedienstet, somit auch gegen den Nachtheil noch nicht gesichert war; den ein solches zufälliges Unvermögen durch die gesetzliche Bestimmung

erzeugt, daß der Nichtgereinigte dem öffentlichen Dienste nicht vorstehen kann.

10. Der Umstand, daß Beklagter nach der Eröffnung der Specialinquisition über den Kläger diesem oder dessen Frau noch einen Theil des Gehaltes zukommen ließ, ist für ihn gänzlich unpräjudicirlich, es mag der Grund hievon in einer Gnade oder in der Meinung rechtlicher Verbindlichkeit gelegen seyn.

Die Ansprüche des Klägers erscheinen demnach, so lange er den ihn dienstuntauglich machenden Verdacht, schon vor seiner Bedienstung eine strafrechtliche Handlung verübt zu haben, nicht beseitigen kann, in keiner Hinsicht als rechtlich begründet und da derselbe seine Prätension lediglich auf sein Dienstverhältniß und die auf ihn unanwendbaren Art. 438 u. 440. Th. II. des Strafgesetzbuches gestützt, nebenbei auch ausdrücklich erklärt hat, daß er sein Begehren nicht auf die Heirathslicenz begründet haben wolle, zudem für einen solchen Grund die Klage schon gar nicht substancirt ist, so mußte

11. wie geschehen, der Beklagte zur Zeit von der Klage, wie sie gestellt worden, entbunden und Kläger in die Kosten verurtheilt werden.

Seine Armuth rechtfertiget die Nichtanrechnung der Gerichts-Expensen.

Den 30. Aug. 1831.

Kön. Kr. und Stadtgericht München.

8.

Im Namen ꝛc.

Erkennt das kön. Appell.-Gericht für den Isar-Kreis in der Streitsache des Jos. S., ehem. Patr.-Gerichtsdiener zu S., gegen den Patrim.-Gerichts-Inhaber Em. Frhr. v. P. wegen Gehaltsentziehung unter Abänderung des Erkenntnisses des kön. Kr. und Stadtgerichts München d. d. 10. Aug. 1831 zu Recht:

I. Beklagter Freiherr von P. sey schuldig, dem Kläger Jos. S.

1. von zwei Drittheilen des bestallungsbriefmäßigen Gehalts, bestehend aus 130 fl. an Geld, 6 Schäffel Korn, 8 Klafter weiches Holz, einer halben Lichtstange, der freien Wohnung und der Benützung des kleinen Obst- und Wurzgärtels und der bisherigen Dienstgründe, nämlich eines Gabisstückes, eines Gemeindetheiles und einer Wiese, die auf den Zeitraum vom 1. Febr. bis 8. Nov. 1830 treffende Rate über Abzug der nach dem Anerkenntnisse des Klägers in der Klage geleisteten Abschlagszahlung zu 30 fl. an Geld, 2 Schäffel Korn, 2 Klafter Holz nachträglich zu bezahlen und demselben

2. vom 8. Nov. 1830 angefangen jährlich Einhundert vier Gulden als Standesgehalt so lange verabfolgen zu lassen, bis Kläger nach wieder aufgenommener Untersuchung ein verurtheilendes oder lossprechendes Erkenntniß erhalten haben wird.

II. Die Berechnung des Betrages der auf den Zeitraum vom 1. Febr. bis 8. Nov. 1830 treffenden Rate von zwei Drittheilen des Gehaltes wird zur besondern Ausführung verwiesen.

III. Das in der Klage in Anspruch genommene Provisorium erledigt sich durch das definitive Zuerkenntniß eines Standesgehaltes von selbst.

IV. Die Kosten I. u. II. Instanz werden compensirt, wobei der auf den Kläger treffende Betrag außer Ansatz zu lassen ist.

Gründe.

Ad 1 et 2. Hinsichtlich der factischen Verhältnisse und der Parthei-Verhandlungen wird sich auf die Entscheidungs-Gründe zum Erkenntniß I. Instanz bezogen und zur Begründung des dießseitigen Ausspruches Folgendes angeführt:

Es ist unter den Partheien unbestritten:

1. daß Kläger Jos. S. als Gerichtsdiener bei dem freiherrl. v. P.'schen Patrimonialgerichte Sch. durch Bestallungs-Brief des Eman. Max. Freihr. von P. d. d. 10. Jan. 1829

in definitiver Eigenschaft angestellt und ihm zur jährlichen Dienstesbesoldung 130 fl., 6 Schäffel Korn, 8 Klafter weiches Holz, eine halbe Lichtstange, freie Wohnung und die Benützung des kleinen Obst- und Wurzgärtels und der bisherigen Dienstgründe aus einem Gabisstück, Gemeindetheile und einer Wiese bestehend, ausgesprochen worden seyen, und

2. daß derselbe zu Ende Jän. 1830, wo er schon als Patrim.-Gerichtsdiener Dienste geleistet hatte, nachdem er wegen Betrug aus frühern Dienstverhältnissen der Special-Untersuchung unterworfen war, von seinem Dienste suspendirt und

3. gemäß einem ihm am 8. Nov. 1830 publicirtem Erkenntnisse des kön. Appellations-Gerichts des U.-D.-Kr. wegen dieses Betruges nur von der Instanz entlassen worden sey.

Widersprochen aber ist, von dem Freih. v. P. als Beklagten, daß

a) Kläger in seiner Eigenschaft als Patrim.-Gerichts-Diener ein öffentlicher Diener sey, auf welchem die Artikel 437 — 440. Th. II. d. St.-G.-B. anwendbar seyen, indem derselbe vielmehr nur ein mittelst besondern Contractes aufgenommener Amtsdiener sey, dessen Dienstverhältniß bloß nach privatrechtlichen Bestimmungen über Verträge zu entscheiden sey, gemäß welchem ihm kein Gehalt mehr gebühre, und

b) daß dessen Gehaltsansprüche in der Taxation und Calculation richtig berechnet seyen.

Allein

ad a) daß Patrimonial-Gerichtsdiener in die Classe der öffentlichen Diener gehören, ist keinem Zweifel unterworfen; denn die Patrimonial-Gerichte sind, wie bereits in den Entscheidungsgründen Nr. 1. zum Erkenntniß I^mae erörtert ist, eben so, wie die kön. Gerichte öffentliche Ämter, und die Gerichtsdiener sind nach der Gerichtsordnung cap. 2. § 1. unter dem Amtspersonale als wesentlich bei einem jeden Gerichte aufgeführt; auch hängt die Eigenschaft eines öffentlichen Dieners nicht davon ab, aus welcher Casse er bezahlt wird oder auf welche Art, ob durch Vertrag oder durch einen Bestal-

lungsbrief oder durch ein Ernennungsdecret seine Dienstesanstellung geschehen ist, sondern sie ist lediglich dadurch bedingt, daß der Bedienstete in einer öffentlichen Function handelte resp. einen öffentlichen, in dem Organismus der Staatsgewalt liegenden Dienst verrichtet, wobei es weiter keinen Unterschied macht, ob derselbe durch eine unmittelbare Ernennung des Staates zum Amte gelangt ist, oder mittelbar durch denjenigen, welchem der Staat das Ernennungsrecht überlassen hat, weil durch die Überlassung des Letztern die Natur des Amtes und also auch die Eigenschaft des Bediensteten nicht geändert werden kann, um so weniger als das Ernennungsrecht selbst nur aus besonderer Ermächtigung des Souverän — als Quelle aller Staats- und öffentlichen Ämter im Reiche — unter der Oberaufsicht seiner Stellen ausgeübt wird, weßhalb auch das bayer. Strafgesetzbuch Art. 366. und in den Anmerkungen die mittelbaren Staats- und öffentlichen Diener den unmittelbaren in strafrechtlicher Hinsicht durchgehends gleichgestellt hat. Da nun Kläger als Gerichtsdiener bei dem freiherrl. von P.'schen Patr.-Ger. Sch. nach vorstehender Erörterung in die Kathegorie der öffentlichen Diener gehört, und in definitiver Eigenschaft angestellt wurde, welche zur Folge hat, daß er, ohne Entschädigung, seines Dienstes nicht entlassen werden darf, außer Kraft eines richterlichen Urtheils, so sind auf ihn auch die Art. 438 u. 440. Thl. II. des St.-G.-B. anwendbar. Der erste dieser Artikel verfügt, daß einem der Specialuntersuchung untergebenen öffentlichen Diener bei der Suspension vom Amte, ein Dritttheil seines Gehaltes bis zum rechtskräftigen Endurtheile einstweilen zurückgehalten werde, und der Art. 440. verordnet, daß im Falle einer bloßen Entlassung von der Instanz die im Art. 437. bestimmten Wirkungen der Special-Inquisition so lange fortdauern, als nicht der Angeschuldigte nach wieder aufgenommener Untersuchung ein verurtheilendes oder lossprechendes Erkenntniß erhalten hat.

Der in dieser Stelle allegirte Art. 437. aber bestimmt, daß die Special-Inquisition gegen einen Staatsbeamten die Suspension von seinem Amte und Dienstgehalte zur Folge habe.

Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen wird nun das Rechtsverhältniß zwischen dem öffentlichen Diener und dem Verleiher des öffentlichen Dienstes in Bezug auf den Gehalt des erstern durch die erkannte Special-Inquisition und durch die Instanz-Entlassung nicht ganz aufgelöst, sondern dem öffentlichen Diener wird nur ein Gehalts-Drittel während der Suspension vom Amte im Laufe der Special-Inquisition bis zum rechtskräftigen Endurtheil zurückgehalten und bei einem hierauf eintretenden, nur von der Instanz entlassenden Erkenntnisse bis zu einem verurtheilenden oder lossprechenden Urtheile der Dienstesgehalt entzogen, so wie auch in beiden Fällen seine Dienstes-Function nicht ganz und für immer aufgehoben, sondern nur einstweilen suspendirt wird, so daß also das bestandene Dienstesverhältniß keineswegs ganz hinwegfällt, sondern nur ein interimistischer Zustand eintritt, welcher erst mit einem lossprechenden oder verurtheilenden Erkenntnisse wieder in einen definitiven übergeht.

Da die angezogenen Artikel des Strafgesetzbuches hiebei keinen Unterschied gemacht haben zwischen Verbrechen eines öffentlichen Dieners, welche vor oder nach seinem Eintritte in den öffentlichen Dienst entstanden sind, so darf auch der Richter einen solchen Unterschied seiner Entscheidung nicht zum Grunde legen, und es ist daher in dem gegenwärtigen Falle ohne Erheblichkeit, daß die Verhältnisse, welche die Special-Inquisition und Instanz-Entlassung veranlaßten, schon vor dem Dienstes-Antritte des Klägers bestanden haben, sondern es ist allein entscheidend, daß Specialinquisition und Instanz-Entlassung erst während seines öffentlichen Dienstes ausgesprochen worden sind.

Erst hiedurch wurde er zur fernern Dienstesleistung Anfangs nur bis zu einem rechtskräftigen Endurtheile und dann bis zu einem auf Wiederaufnahme der Untersuchung erfolgenden, lossprechenden Erkenntnisse untauglich, vorher und sogar im Laufe der Generaluntersuchung war er zu seinen Dienstes-Verrichtungen qualificirt und diese Befähigung hätte ohne den Eintritt der Specialinquisition auch nie aufgehört.

Nicht minder unerheblich ist der Umstand, daß Beklagter zur Verleihung der Gerichtsdiener-Stelle an den Kläger durch dessen gute Befähigung bewogen wurde; denn Kläger besaß zur Zeit der Dienstesverleihung die erfoderliche Qualification und hatte sie dem Beklagten nach Inhalt des Bestallungsbriefes nachgewiesen, auch hat Beklagter noch in der Nebenverantwortung zugestanden, der Verdacht eines Verbrechens gegen den Kläger sey zur Zeit, als dieser sich um den Gerichts-Diener-Dienst beworben habe, noch gar nicht rege gewesen, sondern erst nach dessen Dienstes-Antritt entstanden, durch welches Zugeständniß die gute Befähigung des Klägers zur Zeit der Dienstesbewerbung und Verleihung wiederholt anerkannt wurde.

Daß aber Kläger den geleisteten Nachweis seiner guten Befähigung durch den Betrug oder Erregung eines Irrthums in dem Nachweise die Stelle erschlichen habe, wurde von dem Beklagten in der Exception und auch sonst nirgends behauptet, so wie er keine Thatsache angeführt hat, woraus entnommen werden könnte, daß Kläger durch Hinterlist oder Fahrläßigkeit einen Irrthum in dem Beklagten in Bezug auf seine Befähigung zu dem öffentlichen Dienste eines Gerichts-Dieners erzeugt hätte, weßwegen auch die vom Richter 1^mae allegirten Gesetzesstellen cod. civ. P. IV. cap. 5. § 2. u. § 25. Nr. 3. auf den gegenwärtigen Fall keine Anwendung finden.

Nach dieser Erörterung kann nun Kläger S. auf den Grund des Art. 438. Th. II. des Str.-Ges.-B. von dem Beklagten die Ergänzung der zwei Drittel seines Gehaltes während der Dauer der Specialinquisition von dem Zeitpuncte der Suspension von dem Gerichtsdiener-Dienst, welche Ende Jän. 1830 eintrat, bis zum rechtskräftigen Endurtheile der Instanzentlassung, sohin bis zum 8. Nov. 1830, wo ihm dieses Urtheil publicirt wurde und auch rechtskräftig geworden ist, weil Kläger nicht behauptet hat, daß er die Revision dagegen ergriffen habe, fodern, von diesem Tage an aber auf den Grund des Art. 440. Th. II. des Str.-Ges.-B. seinen Standesgehalt in Anspruch nehmen, und der Beklagte Frhr. v. P. ist auf den Grund dieser Artikel verbunden, dem Klä-

ger die ihm von zwei Dritttheilen des bestallungsbriefmäßigen Gehalts vom 1. Febr. bis 8. Nov. 1830 treffende Rate über Abzug der nach dem Anerkenntnisse des Klägers in der Klage bereits geleisteten Abschlagszahlung von 30 fl. an Geld, 2 Schäffel Korn und 2 Klafter Holz zu bezahlen und demselben vom 8. Nov. 1830 angefangen, seinen jährlichen Standesgehalt so lange verabfolgen zu lassen, bis Kläger nach wieder aufgenommener Untersuchung ein verurtheilendes oder freisprechendes Erkenntniß erhalten haben wird.

Zwar spricht der Art. 437., auf welchen im Art. 440. hingewiesen ist, nur von Staatsbeamten und nicht auch von öffentlichen Dienern, so daß es scheint, als wenn diese bei einer Instanzentlassung gar keinen Gehalt mehr fodern könnten; allein da der Art. 440. nach seiner ganzen Fassung nur ein integrirender Theil und eine Fortsetzung des Art. 439. ist und daher die nämlichen Subjecte, welche dieser Artikel zum Gegenstande hat, umfaßt, der Art. 439. aber zwischen Staatsbeamten und öffentlichen Dienern nicht unterscheidet; so ist durch die Hinweisung auf Art. 437. im Art. 440. nichts weiter ausgesprochen, als daß der Unterschied, welcher bei der Specialinquisition im Art. 437 u. 438. zwischen Staatsbeamten und öffentlichen Dienern in Bezug auf ihren Gehalt gemacht wurde, hinwegfallen und beide Classen der Staatsdiener, so wie bei lossprechenden Erkenntnissen im Art. 439. also auch bei Instanzentlassungen im Art. 440 in Bezug auf die Wirkungen dieser Endurtheile einander gleichgestellt seyn sollen.

Diese Gleichstellung unterliegt bei dem Kläger S. um so weniger einem Bedenken, weil er in definitiver Eigenschaft als Gerichtsdiener angestellt wurde und hiedurch die Rechte eines Staatsbeamten, welchem außer dem Falle eines richterlichen Spruches der einmal verliehene Standesgehalt nicht entzogen werden darf, erworben hat.

Eben wegen dieser Gleichstellung aber kann S. vom Tage der Rechtskraft des von der Instanz entlassenden Urtheiles an, nicht mehr 2 Dritttheile seines Gesammtgehaltes, sondern nur mehr den Standesgehalt in Anspruch nehmen, und dieser ist nach den Grundsätzen der Dienstpragmatik vom 1. Jäner

1805 resp. nach dem constitutionellen Edicte vom 26. Mai 1808 zu bemessen, weil in dem Bestallungsbriefe des Frhrn. v. P. vom 10. Jän. 1829 der Standes- und Dienstesgehalt nicht ausgeschieden sind und beim Mangel besonderer vertragsmäßiger Bestimmungen die allgemein gesetzlichen Vorschriften analoge Anwendungen finden müssen, auf welche der Dienstes-Verleiher durch die unterlassene Ausscheidung des Standes- und Dienstesgehaltes in dem Bestallungsbriefe und der Bedienstete durch Annahme dieses Bestallungsbriefes stillschweigend provocirt haben.

Ad b) Betreffend nun das Quantum dieses Standesgehaltes, so wurden dem Kläger nach dem Bestallungsbriefe v. 10. Jän. 1829 ein Hauptgeldbezug von 130 fl. und mehrere Nebenbezüge an Naturalien und andern Nutzungen verliehen.

In diesem Falle bestimmt nun die Dienstespragmatik v. 1. Jän. 1805 Nr. VII. und das constitutionelle Edict vom 26. Mai 1818 über die Verhältnisse der Staatsdiener, vorzüglich in Beziehung auf ihren Stand und Gehalt § 8.:

daß der Standesgehalt im ersten Jahrzehnte des Dienstes in acht Zehenttheilen des Hauptgeldbezuges mit gänzlicher Wegrechnung der Nebenbezüge, welche nach der Dienstespragmatik zum Dienstesgehalt gehören, bestehen solle.

Da nun Kläger S. erst im ersten Jahrzehent gedient hat, so besteht sein Standesgehalt in acht Zehenttheilen seines Hauptgeldbezuges von 130 fl., sohin in Einhundert vier Gulden, welche ihm jährlich vom 8. Nov. 1830 angefangen bis zu einem lossprechenden oder verurtheilenden Erkenntnisse zu bezahlen sind.

Was hingegen den Betrag des zwei Drittel-Gehalts während der Dauer der Special-Inquisition betrifft, so hat Kläger hiefür ein volles Jahr, nämlich von Ende Jän. 1830 bis dahin 1831 angesetzt und daher eine unrichtige Gehaltsrechnung gemacht. Nach Art. 438. Th. II. des Strafgesetzbuches ist nämlich der zwei Dritttheil-Gehalt vom Tage der Suspension vom Dienste bis zum rechtskräftigen Urtheile fortzuentrichten.

Da nun Kläger zu Ende Jän. 1830 von seinem Dienste suspendirt wurde, die Rechtskraft des von der Instanz entlassenden Endurtheils aber mit dem 8. Nov. 1830 — als dem Tage der Publication — wie bereits angeführt wurde, eingetreten ist, so beträgt der Zeitraum, für welchen Kläger zwei Dritttheile seines Gehaltes fodern kann, kein volles Jahr, sondern nur neun Monate und sieben Tage und er kann daher auch nicht, wie er in der Klage und Berufung gethan hat, die vollen zwei Gehaltsdritttheile, sondern nur die hievon vom 1. Febr. bis 8. Nov. 1830 treffende Rate in Anspruch nehmen.

Da aber diese Ratenberechnung mit Weitläufigkeiten verbunden ist, weil das Klafter Holz und die Lichtstange vom Kläger in keinen Werthsanschlag gebracht worden sind und da es überhaupt nicht Sache des Richters ist, für die Partheien Ratenberechnungen zu machen, so mußte die Berechnung des Betrags dieser Rate zur besondern Ausführung verwiesen werden, wenn die Partheien nicht vorziehen würden, sich hierüber im außergerichtlichen Wege zu vereinigen.

Ad III. Übrigens erledigt sich bei dem definitiven Zuerkenntnisse eines bestimmten Standesgehaltes das vom Kläger erbetene Provisorium von selbst, weil ein solches nur denkbar ist, wenn die Hauptsache noch Weiterungen unterliegt, was hier nicht mehr der Fall ist, weil schon definitive erkannt wurde.

Ad IV. Bei der Verschiedenheit der I. und II. richterlichen Erkenntnisse und wegen der Armuth des Klägers war im Kostenpuncte, wie geschehen, zu erkennen.

Landshut, am 10. April 1832.

Kön. Appellations-Gericht für den Isar-Kreis.

9.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache des gewesenen Patrimonial-Gerichts-Dieners zu S. Jos. S. gegen Eman. Frhr. v. P. als Guts- und Gerichtsherrn daselbst, wegen Gehalts-Einziehung zu Recht und belassen es bei dem Erkenntnisse des kön. Kreis- und Stadtgerichts München vom 30. Aug. v. Jahres unter gegenseitiger Aufhebung der Kosten aller Instanzen, von denen die den S. treffenden Gerichtskosten außer Ansatz zu lassen sind.

Gründe.

Frhr. v. P. nahm den zuletzt bei dem Gerichtsdiener des kön. Landgerichts Pfaffenhofen als Gehülfen im Dienste gestandenen Jos. S. am 10. Jän. 1829 definitive als Gerichts-Diener bei seinem Patrimonialgerichte S. auf.

Aber schon früher war bei dem kön. Landgerichte M., bei dessen Gerichtsdiener Jos. S. vorher ebenfalls Gehülfe gewesen war, eine General-Untersuchung wegen Geldern eingeleitet, welche zu der Verlassenschaft des Pfarrers S. zu A. gehört hatten, von den Joseph S. bei verschiedenen Personen, von denen bei der Versteigerung dieser Verlassenschaft eingekauft worden war, erhoben worden sind, aber nicht gehörig abgeliefert worden seyn sollen und es war in dieser Untersuchung auf einen Befehl des kön. App.-Ger. für den Unterdonaukreis vom 18. Juli 1828 schon am 23. Juli Requisition an das kön. Landg. Pfaffenhofen erlassen, daß es denselben über die Ablieferung der von ihm erhobenen, zu dieser Verlassenschaft gehörigen Gelder vernehmen und, wenn er nicht vermögend seyn würde, sich hierüber auszuweisen, in provisorischen Arrest nehmen möchte, wenn keine Umstände obwalten, welche ihn hievon befreien. S. wurde hierauf am 5. Aug. 1828 bei dem k. Landgerichte Pfaffenhofen vernommen und, weil dessen Angaben mit den eingeholten frühern und spätern eidlichen Erfahrungen nicht übereinstimmten, ging das k. Landgericht M. am 1. Sept. 1828 das k. Landgericht

Pfaffenhofen wiederholt an, denselben und zwar nun darüber zu vernehmen, daß er nicht 400 fl., wie er am 5. Aug. angegeben hatte, sondern 600 fl. Versteigerungsgelder eingenommen und daß der Nachfolger des Pfarrers S. von ihm nicht 400 fl., sondern 200 fl. für Baufälle erhalten habe und wie er sich daher über den Rest von 400 fl. ausweisen könne. Er wurde deßwegen am 8. Sept. 1828 bei dem kön. Ldg. Pfaffenhofen noch einmal vernommen, worauf das kön. Ldg. M. die General-Untersuchung fortsetzte, bis das kön. Appell.-Ger. am 7. Nov. 1829, wo dasselbe auf die Special-Untersuchung gegen S. wegen Unterschlagung und Betrugs erkannte, die Fortführung der Untersuchung dem kön. Landg. K. übertrug.

Diese Untersuchung endigte mit dem am 30. Sept. 1830 gefällten und am 8. Nov. 1830 verkündigten Erkenntnisse des kön. Appell.-Ger. für den Unterdonau-Kreis als Criminalgerichts, daß die Untersuchung gegen Jos. S. wegen des an vier Personen verübten Verbrechens des Betrugs und eben so wegen des fortgesetzten Verbrechens der Unterschlagung: a) von Gerichtstaxen, b) von Ärarialrückständen und c) eines Fristengeldes, wegen mangelnden Beweises einzustellen sey und als Civilstrafgerichts erster Instanz: daß die Untersuchung 1. wegen eines Vergehens des Betruges und 2. wegen zweier Vergehen der Unterschlagung ebenfalls einzustellen sey, wobei übrigens noch die Sache wegen zweier Unterschlagungen zur Aburtheilung an die Policeibehörde verwiesen wurde.

S. beruhigte sich bei diesem Erkenntnisse, nach dessen ihm in Gegenwart seines Vertheidigers geschehenen Verkündigung in allen Puncten, obgleich die vom kön. Landg. K. am 15. Decemb. 1829 über die verhängte Specialuntersuchung in Kenntniß gesetzte kön. Regierung für den Isar-Kreis, Kammer des Innern, dem kön. Landg. Pf. schon am 29. Decemb. 1829 aufgetragen hatte, wegen der provisorischen Besetzung des Gerichtsdieners-Dienstes zu S. das Geeignete zu verfügen und obgleich Frhr. v. P. auf eine sofort an ihn ergangene Auffoderung dieses k. Landgts., daß er binnen 3 Tagen anzeigen soll, welche Verfügung er wegen der provisorischen

Besetzung des Dienstes während der Dauer der Specialuntersuchung getroffen habe, einen andern Gerichtsdiener aufgenommen hatte und dem S. v. 1. Febr. 1830 an bis 8. Nov. 1830 nur mehr 30 fl. an Geld, 2 Schäffel Korn und 2 Klafter Holz hatte reichen lassen.

Er klagte jedoch den Em. Frhr. v. P. am 14. Jan. 1831 auf die Ergänzung von 2 Dritttheilen seiner spaltbriefmäßigen Bezüge für die Zeit vom 1. Febr. 1830 bis 8. Nov. 1830 und auf das fernere Verreichen dieser 2 Dritttheile vom 8. Nov. 1830 angefangen. Allein das kön. Kreis- und Stadt-Gericht München entband den Frhrn. v. P. von der Klage zur Zeit, wie dieselbe vorgebracht worden war und zwar unter Verurtheilung des Jos. S. in die Kosten. Das k. Appell.-Ger. für den Isar-Kreis erkannte ihm aber am 10. Apr. 1832 für die Zeit vom 1. Febr. bis 8. Nov. 1830 zwei Dritttheile seiner spaltbriefmäßigen Bezüge und von diesem Termine an, dann für die Folgezeit bis zu einem nach wiederaufgenommener Untersuchung erfolgenden verurtheilenden oder lossprechenden Erkenntnisse, jährlich 104 fl., nämlich 8/10 Theile seines Geldgehaltes zu, wobei sich S. beruhigte. Allein Frhr. v. P. suchte dagegen die Revision der Acten nach und bat um Wiederherstellung des Urtheiles der 1. Instanz und diese Bitte ist auch allerdings gegründet; denn, der Klage des S. wurde ausdrücklich die Einrede entgegengesetzt, daß derselbe sich die Anstellung als Patr.-Ger.-Diener zu S. durch das Zeugniß eines guten Leumunds erschlichen habe, der ihm damals nicht mehr eigen gewesen sey, weil die Ursache seiner Untersuchung schon vor seiner Aufnahme in den Dienst eines Patr.-Ger.-Dieners zu S. bestanden habe, und in der Duplik fügte Frhr. v. P. noch hinzu, daß die Generaluntersuchung vielleicht schon damals anhängig gewesen sey.

Wirklich hatte auch das k. App.-Ger. für den U.-D.-K. schon am 18. Juli 1828 dem k. Ldg. M. befohlen, das k. Ldg. P. zu requiriren, daß es den S. über die zu der Verlassenschaft des Pfarrers S. gehörigen, von ihm eingenommenen Gelder vernehme und demselben, wenn er sich nicht

hierüber auszuweisen vermögen würde, provisorisch verhafte, so ferne keine Umstände vorlägen, welche ihn hievon befreien.

Er wurde über die Einnahme und Ablieferung dieser Gelder von dem k. Ldg. P. bereits am 5. Aug. 1828 vernommen und es wurde diesem k. Landgerichte hierauf am 1. Sept. 1828 erwiedert, daß Jos. S. nach den erholten eidlichen Erfahrungen nicht 400 fl., als wie viel von ihm am 5. Aug. als eingenommen zugestanden wurden, sondern 600 fl. eingenommen, und dem Pf. H., dem Nachfolger des Pfarrers S. nicht zweimal 200 fl. also 400 fl., sondern nur 200 fl. behändiget, wohin er also die übrigen, von ihm eingenommenen 400 fl. abgeliefert habe? Sowohl dem k. Ldg. P., als dem S., welcher auf diese Requisition am 8. Sept. 1828 noch einmal vernommen wurde, war demnach lange vor dessen Aufnahme in der Eigenschaft eines Patrim.-Gerichts-Dieners zu S. bekannt, daß bei dem k. Landgerichte M. eine General-Untersuchung wegen von dem S. unterschlagen seyn sollender Gelder im Verbrechensbetrage anhängig sey, und es ist zweifellos, daß Frhr v. P. den S. am 10. Jän. 1829 nicht definitive als Patrimonial-Gerichts-Diener aufgenommen haben würde, wenn ihm bekannt gewesen wäre, daß derselbe von dem Landgerichte P. auf Requisition des kön. Landger. M. schon am 5. Aug. und 8. Sept. 1828 über die Einnahme einer so bedeutenden Summe und deren Verwendung, vernommen worden sey, sondern es vorgezogen haben würde, abzuwarten, welchen Ausgang diese Untersuchung nehmen würde.

Indem S. sich bei dem Frhrn. v. P. um den Dienst eines Patrim.-Gerichts-Dieners zu S. bewarb und demselben von ihm, wie er in der Appellation selbst bekannte, ein gutes Zeugniß des kön. Landgerichtes P. vorlegte, hiebei aber unterließ, dem genannten Freiherrn zu eröffnen, daß von dem kön. Landgerichte M. der Verdacht auf ihn geworfen wurde, er habe um 200 fl. mehr an zur Verlassenschaft eines Pfarrers gehörigen Geldern eingehoben, als er zugestehe und um 200 fl. weniger abgeliefert, als er abgeliefert zu haben behauptet; hat er denselben in böser Absicht inducirt, den Vertrag vom 10. Jän. 1829 mit ihm abzuschließen; er hat die-

sem Vertrage durch einen, in dem Frhr. von P. durch dieses Verschweigen erzeugten Irrthum das Entstehen gegeben, seinen Mitcontrahenten getäuscht, einen dolum qui causam contractui dedit begangen und kann daher nach Thl. IV. cap. 1. § 5. Nr. 1. und 2. Anmerkungen Nr. 4. lit. b., dann nach § 25. Nr. 2. und 3. des Civil-Codex jetzt nimmermehr auf die Erfüllung dieses Vertrages dringen, nachdem die schon vor seiner Anstellung anhängig gewesene General-Untersuchung, durch die wider ihn verhängte Special-Untersuchung bekannt geworden ist und sich nur mit einer Entlassung von der Instanz geendiget hat, bei welcher sich von dem Joseph S. selbst beruhigt worden ist, weil nach diesen Gesetzesstellen den Contrahenten dasjenige nicht verbindet, was er dem andern aus einem von diesem veranlaßten Irrthume in Folge einer gefährlichen Hinterlist desselben zugesagt hat, wenn ein Hauptumstand, wie hier, der Gegenstand des Irrthums oder der Induction gewesen ist. Auch kömmt es hiebei gar nicht darauf an, ob Frhr. v. P. zur Zeit der Bewerbung des S. um den Dienst und zur Zeit der Verleihung desselben die gute Befähigung des Bewerbers anerkannt habe, sondern lediglich darauf, ob Frhr. v. P. nicht durch ein vorsätzliches Verschweigen eines dem S. wohlbewußten Hauptumstandes außer Stand gesetzt worden sey, gehörig zu beurtheilen, ob dieser zu dem Dienste eines Patrimonial-Gerichts-Dieners befähigt sey, und daß dieses von dem S. geschehen sey, geben die Untersuchungs-Acten vollständig.

Demnach ist Frhr. v. P. nicht verbunden, dem Kläger die in dem Spaltbriefe vom 10. Jän. 1829 für die von ihm zu leistenden Dienste eines Patrimonial-Gerichts-Dieners zu S. zugesicherten Bezüge oder einen Theil derselben für die Zeit vom 1. Febr. 1830 angefangen bis 8. Nov. 1830 und von da an für die Folgezeit weiter mehr zu leisten. —

Es mußte daher aus allem diesem und aus den vom k. Kreis- und Stadtgerichte München seinem Erkenntnisse nachgesetzten Gründen oberstrichterlich bei dem Erkenntnisse der ersten Instanz vom 30. Aug. v. Jahres belassen werden.

Die Kosten aller Instanzen waren gegenseitig aufzuheben, weil die zweite Instanz für S. erkannt hat. Die den Letztern treffenden Gerichtskosten aber sind wegen dessen Zulassung zum Armenrechte außer Ansatz zu lassen.

München, den 10. Nov. 1832.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden, Präsident

Secr. Fränkl.

10.

Ueber den Beweis einer Negation.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der Schwarzmaier'schen drei Geschwister von Wahl, als Jakob Schwarzmaier, Bauerssohn von Wahl, Kath. Gärtner, Gütlerin zu Dörfl und Theres Danihart, Bäuerin zu Pörnbach, gegen ihren Bruder Jos. Schwarzmaier, Dichtlbauern zu Nörting, Nichtigkeit eines Vertrags betreffend zu Recht:

I. Kläger haben ꝛc. zu beweisen, daß ihre verstorbene Mutter Barbara (verehelichte Pentenrieder) den Gallus Seidl, Bauern zu Rohrbach zur Aufnahme des Übergabs-Contracts vom 14. Sept. 1811 nicht bevollmächtiget habe.

II. Der Beklagte Jos. Schwarzmaier habe eventuel zu beweisen, daß die erwähnte Barb.

Wenn die Ungültigkeit eines Gerichtsgeschäftes wegen Nichtbevollmächtigung des Mandatars behauptet wird, so hat der Afferent den Beweis zu übernehmen, daß der angebliche Mandatar nicht bevollmächtigt war.

Der Ehemann darf v den Dotal- u. Paraphernal- ꝛc. Gütern sub poena nullitatis nichts veräußern.

Pentenrieder in den fraglichen Übergabs-Vertrag v. 14. Sept. 1811 in der Folge und nachhin ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt habe.

Kosten ꝛc.

Gründe.

Zu I. Die Schwarzmaier'schen Geschwister haben in der gegen ihren Bruder exhibirten Klage den zwischen ihrer Mutter (verehelichte Pentenrieder) und dem Stiefvater Joh. Pentenrieder, dann dem Beklagten unterm 14. Sept. 1811 bei dem Patrimonial-Gerichte Rohrbach abgeschlossenen Übergabs-Vertrag als ungültig und kraftlos erklärt, indem Beklagter mit dem Stiefvater colludirend die Protocollirung des fraglichen Übergabscontracts sub und obreptitie erschlichen habe. Dieses suchen Kläger durch folgende zwei Thatsachen zu begründen:

a) sey unterlassen worden, ihre Vormünder hiezu zu adcitiren, und

b) sey ihre Mutter in dem bemeldten Vertrage als abwesend aufgeführt und der als ihr Beistand aufgeführte Gallus Seidl von Rohrbach nicht bevollmächtigt gewesen.

Zu a) Die Adcitation der Vormünder der Kläger zur Aufnahme des allegirten Übergabs-Contractes vom 14. Sept. 1811 war nicht wesentlich, also auch nicht nothwendig, da die Mutter derselben durch den nach dem Tode ihres ersten Ehemannes Jak. Schwarzmaier mit ihren Kindern resp. derselben Vormündern über das väterliche Erbtheil unterm 3. Febr. 1800 gerichtlich abgeschlossenen Vertrag das sämmtliche Anwesen mit allen Activ- und Passivschulden übernommen hat, und den Klägern ihre in dieser Vertrags-Urkunde § 3. 57. ꝛc. eingeräumten Rechte in dem § 2. des Übergabs-Contracts v. 14. Sept. 1811 ausdrücklich zum Theil gesichert worden sind. In dieser Hinsicht kann also der oben angeführte Contract als ungültig und kraftlos nicht angenommen werden; betreffend dagegen den Punct

zu b) so war die Einwilligung der Mutter der Kläger hiezu bei den durch den bemerkten Contract v. 3. Febr. 1800 derselben auf das Anwesen festgesetzten Ansprüchen und in der ferneren Erwägung nothwendig, daß dieses von dem 2ten Ehemanne Johann Pentenrieder, an ihren ältesten Sohn Johann Schwarzmaier übergeben worden ist und der Ehemann weder das liegende noch fahrende Dotal- Paraphernal- oder Receptizgut seines Eheweibes ohne derselben ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung unter dem Präjudiz der Nullität veräußern darf.

Cod. civ. P. 1. cap. 6. § 26. Nr. 1 u. 3.

Der zu b) angeführte Thatumstand erscheint demnach um so mehr erheblich, als die beiden in dem Gesetze l. c Nr. 2. enthaltenen Ausnahmen (Veräußerung des Anwesens zum Nutzen des Eheweibes oder aus Nothwendigkeit) nach allen in den Acten liegenden Momenten hier nicht vorhanden sind. Kläger behaupten nun, daß ihre in dem Übergabs-Vertrage vom 14. Sept. 1811 als ehehafter Ursache halber abwesend aufgeführte Mutter den Gallus Seidl, welche in dieser Urkunde als derselben Beistand bemerkt ist, hiezu nicht bevollmächtiget habe.

Dieser Angabe steht jedoch die allegirte gerichtliche Urkunde selbst entgegen; denn in dieser heißt es, form.: Barb. Pentenrieder habe den Gallus Seidl, Bauer zu Rohrbach als gewalthabend abgeordnet. Nun wird aber bei öffentlichen Urkunden (unter welche auch der Übergabs-Vertrag vom 14. Sept. 1811 unfehlbar gehört, Cod. jud. cap. 11. § 2. Nr. 1.) im Zweifel allezeit und so lange vermuthet, daß sie alles, was ad formam actorum judicialium gehört, enthalten, bis das Gegentheil dargethan ist; Cod. jud. cap. 11. § 2. in not. lit. 6.

Decret. Gregorii Lib. 1. Tit. 6. cap. 23. de electione et elect. potestate.

Diesemnach müssen also Kläger gegen das öffentliche Document den Beweis auf sich nehmen, daß Gallus Seidl von ihrer Mutter nicht bevollmächtigt worden sey. Zwar wird in diesem Instrumente nur angeführt, Seidl sei als gewaltha-

bend abgeordnet für die Barb. Pentenrieder erschienen; daß aber Seidl wirklich bevollmächtigt worden sey, hievon enthält der fragliche Übergabs-Vertrag nicht das Geringste; indeß kann auch dieser Umstand die Kläger von der Last des Beweises nicht befreien, da man bei dem Übergabs-Contracte als einer öffentlichen Urkunde nach der durch das Gesetz eingeräumten Vermuthung immerhin und so lange nicht das Gegentheil erwiesen wird, annehmen kann, das Gericht habe von den Verhältnissen des Gallus Seidl mit Hinsicht auf die Barb. Pentenrieder volle Kenntniß und Überzeugung gehabt.

Der den Klägern aufgetragene Beweis, daß Seidl von ihrer Mutter nicht bevollmächtigt worden, ist zwar an sich negativ, Kläger haben aber selbst diesen Thatumstand als Grund ihrer Klage angeführt und sonach ist also die in

Cod. jud. cap. 9. § 3. Nr. 3.

festgesetzte Regel, daß kein Theil den Beweis dessen, was er nur schlechterdings verneint hat, auf sich nehmen darf, vollkommen beseitiget; der Beklagte hat nun aber

Zu II. in der Exception ausdrücklich behauptet, daß die Mutter Barb. Pentenr. in den Übergabs-Contract vom 14. Sept. 1811 in der Folge eingewilligt habe.

Diese Behauptung ist auf den Fall, daß Kläger erweisen würden, ihre Mutter habe den Gallus Seidl nicht bevollmächtiget, allerdings von großer Erheblichkeit, indem der Übergabs-Contract vom 14. Sept. 1811 ungeachtet des gegen die hierüber gerichtlich errichtete Urkunde hergestellten Beweises dennoch nicht als ungiltig und kraftlos erklärt werden könnte, wenn die Barb. Pentenr. in den bemeldten Übergabs-Contract in der Folge eingewilligt haben würde; dem Beklagten mußte daher der Beweis seiner Einrede selbstständig, jedoch nur eventuel und zwar so, wie in dem dispositiven Theile dieses oberstrichterlichen Erkenntnisses posit. II. enthalten, aufgetragen werden, indem die nachträgliche Einwilligung der Ehefrau nach Cod. civ. P. I. cap. 6. § 26. Nr. 1. u. P. IV. cap. 1. § 5. Nr. 5 ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann, wobei jedoch die Noten zum Cod. civ. P. I. cap. 6.

§ 26. Nr. 1. bemerken, daß ex sola scientia et patientia auf die Bewilligung keineswegs zu schließen sey.

Der Ausspruch im Kostenpunct ꝛc.

Es mußte daher unter Abänderung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses im Ganzen, so wie geschehen, erkannt werden.

München, den 19. Juli 1823.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Secr. Fränkl.

11.

Ueber Nullität von Verträgen aus Mangel an Vollmacht.

— (Fünf Erkenntnisse, worin ein Übergabs-Vertrag zuerst vom Unterrichter als rechtsbeständig und unauflösbar erklärt — dann vom Oberrichter auf den Beweis der Vollmacht zur Abschließung dieses Vertrages erkannt — nach durchgeführtem Beweise vom Unterrichter als rechtsungiltig aufgehoben — sodann vom Oberrichter auf Ablage des Erfüllungs-Eides erkannt wird: daß die Vollmacht nicht ertheilt worden sey; und endlich juramento praestito der fragliche Vertrag abermals als rechtsungiltig erklärt wird.) —

Erkenntniß.

In der Streitsache der Anna Maria D., verwittweten Bäuerin zu K. wider ihren Sohn Johann D. alldort wegen Annullirung des gerichtlich geschlossenen Vergleiches über die Guts-Übergabe v. 8. Apr. 1820 erkennt das kön. Landg. P.

als I. Instanz nach gemachtem Vortrage aus beigesetzten Entscheidungs-Gründen definitive zu Recht:

der am 8. Apr. 1820 zwischen der verwittweten Bräuerin A. M. D. und ihrem ältern Sohne Joh. D., dann ihren übrigen Kindern vor Gericht geschlossene und protocollirte Vergleich über die Übergabe ihres zum kön. Rentamte dahier grundbaren Bauernguts zu K. an ihren Sohn Joh. D. sey rechtsbeständig und unauflösbar;

der Mutter Anna Maria D. bleibe ihr allenfallsiger Regreß circa punctum mandati gegen den Gemeinde-Vorsteher G. B. zu K. und gegen ihren Schwiegersohn Simon H. unverwehrt.

Dieselbe habe alle auf gegenwärtigen Streit erwachsenen Gerichts- und Proceß-Kosten allein zu bezahlen.

Gründe.

Unterm 2. März h. J. stellte der kön. Landg.-Procurator E. im Namen des Georg u. Jos. D., beide Brüder des nun Geklagten Joh. D. die Bitte zu Protocoll: unter Vorladung der verwittweten Mutter A. M. D. und ihrer Kinder, welche sich wegen der Gutsübergabe außergerichtlich in Güte nicht vereinigen können, diesen Gegenstand gerichtlich zu schlichten.

Bei der am 8. Apr. l. J. deßwegen gepflogenen Verhandlung, bei welcher der Gemeinde-Vorsteher Georg B. von K. im Namen der wegen hohen Alters und Krankheit abwesenden Mutter A. M. D. als Mandatarius de rato et grato cavens erschienen ist, wurde zwischen dieser und ihren sämmtlich gegenwärtigen, volljährigen, ledigen und geehlichten Kindern und resp. Schwiegersöhnen ein gütlicher Verein in der Art erzweckt, daß der Sohn und Bruder Joh. D., Gutsübernehmer und Besitzer seyn, dagegen aber die dort bestimmten Passiven und Lasten, so wie die Parentalgüter seiner Geschwisterte, dann den Pecunial- und Natural-Austrag seiner Mutter zur Berichtigung zu übernehmen haben sollte.

Gegen diesen Gutsvertrag resp. Vergleich trat im Namen der Mutter der kön. Landg.-Procurator E. wider Joh.

D. unterm praes. 3. Juni l. J. klagbar auf, will selben ex defectu consensus et mandati, da die Mutter nicht den G. B., sondern ihren Schwiegersohn Georg H. bevollmächtigt habe, annulliren und jetzt das Gut ihrem jüngsten Sohne übergeben.

Dieses ist die gedrängte actenmäßige Streitsgeschichte, deren Entscheidung lediglich von der rechtlichen Fragelösung abhängt:

Ob der Gemeinde-Vorsteher Gg. B. bei dieser Übereinkunft ex mandat. der A. M. D. als Gutsübergeberin gehandelt habe oder nicht?

Diese Frage wird folgender Weise affirmativ erörtert:

1. abgesehen davon, daß dem G. B. als Gemeinde-Vorsteher des Ortes K. in der Eigenschaft einer obrigkeitlichen Person die Vermuthung, noē. der Wittwe gehandelt zu haben, gesetzlich zur Seite stehen dürfte, hat derselbe das, von dem Gemeinde-Vorsteher und zugleich Steuervorgeher Mich. St. zu A. mit Wissen und Willen der Wittwe A. M. D. geschriebene Übergabs-Project Act. Nr. 7. am Commissions-Tage — 8. April — in Gegenwart aller Interessenten producirt und übergeben.

2. Dieser Übergabsplan spricht deutlich und bestimmt aus, daß der Sohn Johann Gutsübernehmer seyn soll.

3. Dieses nämliche Actenstück Nr. 7. enthält den Willen der Mutter, nach welchem diese dem Sohne Johann das Gut übergibt; gegen diese judicialiter producirte Urkunde ist in Bezug der Ausstellerin und des Inhalts derselben von keiner Seite die mindeste Einwendung gemacht, nach derselben die gerichtliche Übereinkunft protocollirt und von allen Interessenten hiemit vollkommene Zufriedenheit geäußert worden.

4. Noch mehr: durch Mich. N. als Scribenten der genannten Urkunde und durch Josepha H., Bäckin zu Adlhausen, dann Xav. K. Bauer zu K. ist act. Nr. 5. 7. u. 18., welche diese Willensäußerung der A. M. D. unmittelbar selbst gehört haben, bis zur Evidenz dargethan, daß sie dem Johann das Anwesen übergeben habe.

5. Das kön. Rentamt hat nach voller Sachkenntniß auch bereits den Dominical-Consens zur Guts-Übergabe an den Sohn Johann zu erkennen gegeben.

6. Der concrete Gutsübergabs-Vertrag ist nach Cod. civ. P. IV. cap. 12. § 2 ein contractus innominatus, und erhielt seinen Rechtsbestand nach Cod. civ. P. IV. cap. 1. § 5. durch das wahre Versprechen des einen und die Annahme des andern Theils, welche beide gesetzliche Requisiten vollkommen vorhanden sind.

Die klagende Mutter oder vielmehr ihr Rechtsbeistand, kön. Adv. E. setzt die Haupt-Force der Klage in die zwei Momente:

a) daß sie nicht dem G. B., sondern ihrem Schwiegersohn Simon H. die Vollmacht zur Gutsübergabe an ihren Sohn Georg D. gegeben habe,

b) daß sie von ihrem Sohne Johann inzwischen übel behandelt worden sey.

Ad a) Diese Behauptung wird durch obige Prämissen und den Umstand für null, daß Sim. H. am 8. April u. 14. Sept. h. J. jederzeit persönlich gegenwärtig, weder von dieser angeblichen Vollmacht ein Jota meldete, noch weniger das mandatum für G. B. widersprach, sondern vielmehr selbst seine volle Zufriedenheit mit der gerichtlichen Übereinkunft an den Tag legte.

Ad b) Ein offensibles Benehmen des Sohnes Joh. gegen seine Mutter, wenn es erwiesen ist, eignet sich ad separatum, aber nicht zur Contracts-Auflösung; denn hier gilt die Rechtsregel, was utriusque consensu gemacht, muß utriusque dissensu wieder rescindirt werden.

8. So wenig Jemandem in der Regel das Klagen geboten werden kann, eben so wenig kann der Wittwe der Versuch einer allenfallsigen Regreßklage verwehrt werden.

9) Bei der offenbaren Sachfälligkeit, die dem Rechts-Vertreter nicht wohl entgehen konnte, mußten der Klägerin sämmtliche Gerichts- und Proceß-Kosten allein aufgebürdet werden.

12.

Erkenntniß.

Das königl. bayer. Appell.-Gericht für den Regen-Kreis.

Erkennt in Sachen der verwittweten Bäuerin A. M. D. zu K. gegen ihren Sohn Joh. D., Aufhebung des unterm 5. April 1820 abgeschlossenen Gutsabtretungs-Vergleiches betreffend zu Recht:

Joh. D. habe ꝛc. zu beweisen, daß seine Mutter A. M. D. den Gemeinde-Vorsteher G. B. von K. zur Guts-Übergabe an ihren Sohn Joh. D. bevollmächtigt habe.

Die Kosten ꝛc.

Gründe.

A. M. D. bestreitet die Giltigkeit des unterm 8. April 1820 abgeschlossenen Guts-Abtretungs-Vergleiches aus dem Grunde, weil sie nicht dem G. B., sondern ihrem Schwiegersohne Sim. H. die Vollmacht zur Guts-Übergabe an ihren Sohn G., nicht aber an ihren Sohn Joh. D. gegeben habe, dann weil sie inzwischen von ihrem Sohne übel behandelt worden sey.

Dagegen behauptet Joh. D., daß der Guts-Abtretungs-Vergleich rechtsgiltig sey, weil seine Mutter dem G. B. zur Guts-Übergabe an ihn Joh. D. bevollmächtigt hat.

Es fragt sich, ob dieses Assert schon erwiesen war oder nicht?

Das kön. Landg. M. war zwar der erstern Meinung, weil

a) G. B. bei der Tagsfahrt am 8. April 1820 in Gegenwart aller Interessenten das angeblich nach dem Willen der A. M. D. von dem Mich. St. niedergeschriebenen Übergabs-Protocoll producirt und übergeben hat.
b) Dieses Übergabs-Project deutlich und bestimmt ausspreche, daß der Sohn Johann Guts-Übernehmer seyn solle,

c) durch den Mich. St., Jos. H. und Xav. K. bis zur Evidenz dargethan sey, daß A. M. D. dem Sohne Johann das Anwesen übergeben habe und weil

d) Simon H. von seiner angeblichen Vollmacht nichts gemeldet, noch weniger das Mandatum für den G. B. widersprochen, sondern vielmehr selbst seine volle Zufriedenheit mit der gerichtlichen Übereinkunft an den Tag gelegt habe. Nachdem aber

ad a) das bloße Mitbringen und Produciren einer zur Sache gehörigen Urkunde noch keineswegs ein mandatum speciale begründet, Cod. jud. cap. 7. § 5. Nr. 5.

ad b) von der A. M. D. das fragliche Übergabs-Project noch gar nicht einmal recognoscirt wurde,

ad c) in den Acten schlechterdings keine ausdrückliche Erklärung des St., H. und K. vorliegt, daß A. M. D. dem Sohne Johann das Anwesen übergeben hat — und nachdem endlich

ad d) dadurch, wenn der angebliche Mandatar H. bei der Tagsfahrt am 8. April v. J. nicht von Commissions wegen, sondern vielmehr für sich selbst mit den übrigen Interessenten gehandelt hat, nicht der geringste Nachtheil zugehen kann, cod. civ. P. IV. cap. 9. § 7., so erhellt klar, daß die Joh. D.'sche Behauptung zur Zeit noch unerwiesen, weßhalb, da der Umstand, daß Joh. D. seine Mutter übel behandelt haben sollte, auf die gegenwärtige Sache, wie in den Entscheidungsgründen des Landg. M. richtig dargethan wurde, keinen Einfluß hat, um so mehr, wie geschehen, erkannt werden mußte, als hievon die Giltig- oder Ungiltigkeit des Geschäfts abhängt und als sich Appellat zur Herstellung dieses Beweises in seiner Appellations-Nebenverantwortung noch ausdrücklich anerboten hat.

Die Kosten ꝛc.

* * * am 28. März 1821.

13.

Erkenntniß.

In dem Streit der verwittweten Bäuerin Anna Maria D. zu K. wider ihren ledigen Sohn Johann D. alldort wegen Aufhebung eines Gutsabtretungs-Vergleiches erkennt das kön. Landg. P. in I. Instanz definitive zu Recht:

der zwischen A. M. D., verwittw. Bäuerin zu K. und ihrem ledigen Sohne Joh. D. alldort unterm 8. Apr. 1820 abgeschlossene Gutsabtretungs-Vergleich sey als rechtsungiltig aufzuheben, dem Joh. D. gegen wen immer der allenfallsige Regreß vorbehalten und die Gerichtskosten werden compensirt.

Gründe.

1. Durch das rechtskr. appell. gerichtl. Erkenntniß v. 28. März 1821 ist dem Joh. D. der Beweis dahin auferlegt worden, daß seine Mutter A. M. D. den Gemeinde-Vorsteher G. B. von K. zur Guts-Übergabe an ihn Joh. D. bevollmächtigt habe.

Joh. D. hat diesen Beweis nicht nur nicht geliefert, sondern vielmehr das Gegentheil wider sich durch seine producirten und eidlich verhörten 4 Zeugen bewiesen, indem die beiden Zeugen Mich. St. und Sim. H. angeben, daß A. M. D. nicht den G. B., sondern den Sim. H. zur Guts-Übergabe bevollmächtiget und daß sie zur Bedingung gemacht habe, daß Joh. D. in einem halben Jahre (vom 2. Febr. 1820 an gerechnet) heirathen müsse. Die übrigen 2 Zeugen Xav. K. u. Elis. G. können über den Vollmachtspunct gar keine Zeugschaft leisten, weil sie nach ihren beschwornen Angaben hievon nichts gehört haben.

Die beiden Zeugen St. u. H. sind classisch und machen vollkommene Probe. Cod. jud. cap. 10. § 13. u. 17.

Der Umstand, daß H. ein Schwager zum Articulanten, sohin ein Schwiegersohn zur Articulatin sey, macht ihn nicht exceptionsmäßig, weil von der Gegenparthei hiegegen nichts

eingewendet wurde, und H. wider seinen Schwager als Producenten zeugt. Cod. jud. cap. 10. § 11. Nr. 1.

2. Das Gesetz fodert für den gegenwärtigen Gutsübergabs-Vergleich eine gerichtliche Special-Vollmacht, womit B. nicht versehen war, sofort stellt sich seine dießfallsige Verhandlung als null dar.

Cod. jud. cap. 7. § 1. 2. u. 9.

B. kann aber auch nicht als negotiorum gestor angesehen werden, weil für den gegebenen Fall nur H. ausdrücklich bestimmt war und der Umstand, daß H. bei der Tagsfahrt am 8. April 1820 nicht von Commissions wegen, sondern vielmehr als Mitinteressent für sich selbst gehandelt habe, nicht den mindesten Nachtheil hervorbringen könnte.

Cod. civ. P. IV. cap. 9. § 7.

3. Nach dem Commissions-Protocoll v. 14. Sept. 1820 Act. Nr. 18. und nach obigen Zeugenaussagen wurde bei der Guts-Übergabe dem Joh. D. zu seiner Verehelichung ein halbes Jahr als resolutive Bedingung gegeben; diese Conditio blieb unerfüllt, sohin resolvirt sich auch aus diesem Grunde der fragliche Vergleich.

Cod. civ. P. IV. c. 1. § 8. Nr. 3. u. 4.

4. Die von Joh. D. am 23. Juni 1821 nach dem Zeugen-Verhör v. 12. Juni übergebenen Additional-Artikel mußten aus dem im Decr. v. 9. Sept. 1821 angeführtem Grunde gemäß Cod. jud. cap. 9. § 6. und nach der Nov. v. 22. Juli 1819 § 14. verworfen werden.

Aus diesem Grunde waren auch das Verhör des B. und nach cod. jud. cap. 10. § 19. eine zweite Vernehmung des Xav. K. unzuläßig.

3. Nachdem B. ohne Vollmacht gehandelt, H. aber als Anwalt geschwiegen hat, wo er hätte reden sollen, so mag es dem Joh. D. überlassen bleiben, einen allenfallsigen Regreß zu versuchen.

6. Von einem Streitsmuthwilligen zeigt sich bei keiner Parthei eine Spur, deßwegen wurden die Gerichts-Kosten compensirt. Cod. jud. cap. 17. § 4.

M. den 2. März 1832.

14.
Erkenntniß.

In Berufungssachen des Joh. D., ledigen Bauerssohn von K. gegen seine Mutter Anna Maria D., verwittwete Bäuerin von dort, vielmehr wider das kön. Landger. P. erkennt das kön. Appell.-Ger. für den ***Kreis zu Recht, daß die Wittwe A. M. D. den Erfüllungseid dahin abzuschwören habe, daß sie nicht den Gemeinde-Vorsteher G. B. v. K. zur Guts-Übergabe an ihren Sohn Johann D. bevollmächtiget habe.

Kosten ꝛc.

Gründe.

Nach dem rechtskräftigen Interlocut vom 28. März, eröffnet den 26. April 1821, hatte Johann D. den Beweis zu machen, daß seine Mutter A. M. D. den Gemeinde-Vorsteher G. B. zu K. zur Guts-Übergabe an ihn Joh. D. bevollmächtiget habe.

Die von Joh. D. producirten 2 Zeugen Mich. St. und Sim. H. konnten über den 3ten relevirenden Weisungssatz deponiren, daß die Wittwe A. M. D. nicht den G. B., sondern den Sim. H. zur Guts-Übergabe bevollmächtiget habe. Die eidliche Aussage dieser beiden Zeugen ist gleichlautend und beide Zeugen eloquirten aus eigener Wahrnehmung und zwar gegen den Producenten Joh. D. Zwar suchte Probant Joh. D. seine selbst in Vorschlag gebrachten 2 Zeugen in appellatorio in ein verdächtiges Licht zu stellen; allein seine Vorgaben gegen den Zeugen Mich. St. sind sichtbar unerwiesene Asserten und verdienen nunmehr keine richterliche Würdigung, weil Joh. D. denselben selbst als seinen Zeugen aufführte und er alle die diesem Zeugen in seiner Berufung gemachten Obmoten schon ursprünglich gewußt haben mußte, und so erscheint Michael St. in der Sache als ein classischer Zeuge.

Der 2te Zeuge Sim. H. ist der Schwager des Beweisführers und Tochtermann der Reprobantin A. M. D. und

wäre nach Cod. jud. cap. 10. § 11. Nr. 1. auch als ein vollgiltiger Zeuge zu betrachten. Da aber dieser Zeuge wußte, daß ihm die Reprobantin seine Schwiegermutter zur Vertretung ihrer Person und Rechte bei der gerichtlichen Beschreibung der Übergabs-Verhandlung v. 8. April 1820, weil die Mandantin damals bettliegerig war, bevollmächtigt hatte, H. von dieser übertragenen Vollmacht bei Gericht keinen Gebrauch machte und in seiner Gegenwart geschehen ließ, daß der Orts-Vorstand G. B. für die abwesende A. M. D. als gerirter Bevollmächtigter unberufen handelte, so erscheint H. als ein exceptionsmäßiger Zeuge in der Sache. Cod. jud. cap. 10. § 11. Nr. 3.

Nach der gegebenen Darstellung hat Joh. D. den Beweis über das normirte Beweisthema nicht im mindesten gemacht, vielmehr ist durch die eidlichen Aussagen dieser beiden Probatorial-Zeugen der Beweis für die Reprobantin mehr als zur Hälfte erhoben worden, daß die A. M. D. ursprünglich schon diesen ihren Tochtermann Sim. H. zur Beschreibung der Übergabs-Verhandlung für sie bevollmächtigt habe.

Wenn nun der Reprobatorial-Zeuge Jos. H. zu beiden Theilen gleich verwandt, in seiner eidlichen Deposition behauptete, daß er und G. B. sich am Tage, ehe sie der Übergabs-Beschreibung wegen zum Landgerichte gingen, bei der kranken A. M. D. eingefunden, wo sich dieselbe äußerte, daß sie den Hof nicht mehr an ihren Sohn Johann übergeben wolle, wenn er es ihr so hart mache, wie er es seit einigen Wochen gethan; wenn nun die kranke D. auf die Zudringlichkeit des Orts-Vorstandes G. B. sich verlauten ließ, daß er B. nur sagen solle, wie es aufgeschrieben ist, so kann aus der Äußerung noch nicht der Folgeschluß rechtlich gezogen werden, daß sie ihrem Tochtermann H. die ursprünglich früher gegebene Vollmacht dadurch abgenommen und dieselbe dem B., der mit der Reprobantin nicht verwandt ist, durch diese Äußerung übertragen habe.

Bei diesem gegebenen Sachverhältnisse, wo bei der gerichtlichen Beschreibung der Übergabs-Verhandlung der eigentliche Bevollmächtigte die übergebende Mutter D. nicht vertreten hat,

erscheint diese Handlung gegen sie ohne alle rechtliche Wirkung. L. 24. c. de procurat.

Da nun die A. M. D. mehr als halbe Probe für sich hat, daß sie nicht den G. B. als ihren Bevollmächtigten benannte, dieselbe sich auch zum Erfüllungs-Eid angeboten, welchen Eid sie aus eigenem Wissen der Sache abschwören kann, so mußte das erstrichterliche Erkenntniß reformirt und oberrichterlich wie geschehen erkannt werden.

Kosten ꝛc.

U. den 27. Juni 1822.

15.

Erkenntniß.

Das königl. Landgericht.

Erkennt in der Streitsache der verwittw. Bäuerin A. M. D. zu K. gegen ihren Sohn Joh. D., Annullirung eines Guts-Abtretungs-Vergleiches zu Recht:

der zwischen A. M. D. und ihrem Sohne Joh. D. unterm 8. April 1820 abgeschlossene Gutsabtretungs-Vergleich sey als rechtsungiltig aufgehoben, daher als nichtig erklärt und die Gerichtskosten werden gleichheitlich bezahlt.

Gründe.

1. Durch appellationsger. Erkenntniß v. 27. Juni h. J. ist der A. M. D. aufgetragen, den Erfüllungseid dahin abzuschwören, daß sie nicht den Gemeinde-Vorsteher G. B. v. K. zur Guts-Übergabe an ihren Sohn Joh. D. bevollmächtigt habe.

Joh. D. hat sich durch seine Eingabe vom 27. Juli l. J. diesem zweitrichterlichen Erkenntnisse unterworfen und die Eidesformel übergeben, sofort auf eine Oberberufung verzichtet. Dagegen hat seine Mutter A. M. D. den ihr auferlegten Er-

füllungseid in gesetzlicher Ordnung abgeschworen und hiedurch vollkommene Probe geliefert, daß sie den Gemeinde-Vorsteher G. B. weder zur Guts-Übergabe an ihren Sohn Johann bevollmächtigt, noch diesem letztern das Gut übergeben habe.

2. Da sich nirgends ein Streitsmuthwille zeigt, sondern jeder Theil Ursache zum Streit hatte, so wurden die Gerichts-Kosten compensirt.

Den 31. Aug. 1822.

16.

Ueber Erfüllungs- und Reinigungs-Eid.

— (Sechs Erkenntnisse, in deren erstem dem Beklagten der Erfüllungseid auferlegt — in dem zweiten angenommen wird, daß der Beklagte seinen Beweis gar nicht geliefert habe — im dritten dem Kläger der Reinigungseid aufgetragen — [dann nach durchgeführter Restitution] im vierten und fünften Erkenntnisse dem Beklagten wieder der Erfüllungs- und endlich im sechsten abermals dem Kläger der Reinigungs-Eid zuerkannt wird; nebst einer kurzen Interpretation eines sehr gewöhnlichen trivialen Ausdruckes.) —

Erkenntniß.

Das königl. Landgericht Dachau.

Hat sich in Sachen Anton Pachmaier von Pfaffenhofen gegen die Alois Hieblerischen Eheleute von Petershausen, wegen Verkaufs Vortrag erstatten lassen, und erkennt interlocutorie zu Recht:

Die Beklagten und Widerkläger haben zur Erfüllung des ihnen auferlegten Beweises das Thema noch mit einem körperlichen Eide zu erhärten.

suspens. inter expens.

Gründe.

1. Gemäß dem Interlocut vom 20. April l. J. hängt die Entscheidung dieser Sache von dem Beweise der durch die Beklagten und Wiederkläger vorgebrachten Behauptung ab, daß Kläger und Wiederbeklagter am 21. Nov. v. J. zu Dachau, wo die gerichtliche Verbriefung des fraglichen Kaufes hätte geschehen sollen, diesen Kauf nicht halten zu wollen, sich erkärte, wenn Erstere nicht mit einem Bürgen für den Kaufschilling zufrieden seyen.

2. Die Beklagten und Wiederkläger benannten sowohl für ihre Behauptung zwei Zeugen, und erboten sich annebens ad juramentum supletorium.

3. Der Eine dieser Zeugen, ganz classisch, mit welchem der Kläger selbst zufrieden war, da er ihn auch seinerseits zum Gegenbeweis vorschlug, sagt eidlich aus, er habe zufällig Gelegenheit gehabt, von dem fraglichen Vorgange im Vorübergehen selbst anzuhören, wie einerseits der Käufer den Wieninger, als Bürgen für den Kaufschilling vorschützte, und anderseits der Verkäufer in Vereinigung mit Kaspar Schneider foderten, daß der Kaufschilling dem Vertrage gemäß sogleich baar bei Gericht aufgezählet werde.

4. Kaspar Schneider als zweiter Zeuge der Beklagten bestättiget die zu erweisende Behauptung aus eigenem unmittelbarem Wissen vollständig, als wahr.

5. Dagegen suchte nun zwar der Kläger darzuthun, daß dieser Zeuge ein directes Interesse wider ihn bei gegenwärtiger Sache habe, und sonach keinen Glauben verdiene, wie denn auch:

6. Oben erwähnte Aussage des ersten Zeugen allerdings auf eine Theilnahme des Kaspar Schneider an dem Interesse der Beklagten schließen läßt, und wie dann ferner

7. ein anderer vom Kläger in Vorschlag gebrachter Zeuge angibt, daß sich Kaspar Schneider gleich nach dem außergerichtlichen Abschluße des fraglichen Kaufes am 19. und 20. Nov. v. J. äußerte, es sey mit diesem Kaufe nichts und er selbst wolle machen, daß nichts daraus werde.

8. Allein keiner der fernern Zeugen weiß etwas in dieser Sache zu deponiren, vielmehr widerspricht der Obengedachte ausdrücklich die Vorgabe Klägers, Kasp. Schneider und Alois Hibler hätten ihn zur falschen Aussage bewegen wollen.

9. Es ist also dessen Zeugniß, welches er auf gesetzlichen Eid ablegte, nicht zu verwerfen, obschon ihn früher eine Theilnahme an der Sache der Beklagten bestimmt haben mag.

10. Dieses Zeugniß soll nun zwar aus den angeführten Umständen nicht als vollgiltig angesehen werden, allein in Verbindung mit der Aussage des ersten Zeugen hat es immerhin so viel Gewicht, daß dem Beklagten und Wiederkläger ein halber Beweis zur Seite stehet.

11. Durch den Gegenbeweis des Klägers wurde gar nichts geliefert, was dem Beweis-Thema derogiren könnte, ja

12. selbst seine Behauptung, er habe bloß verweigert, den Kaufschilling außergerichtlich aufzuzählen, ist durch den hiezu benannten Zeugen ausdrücklich für unwahr erklärt worden:

13. Es war sonach in Gemäßheit Cod. jud. cap. 13. §3. Nr. 1. 2. und 3. interlocutorie zu sprechen, wie geschehen.

Dachau, den 25. Juli 1818.

17.

Erkenntniß.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das k. Appell.-Ger. des Isar-Kreises in Sachen Ant. Pachmaier, Posthalter zu Pfaffenhofen an der Ilm, gegen die Alois Hiblerische Bauers-Eheleute zu Petershausen, wegen Reukaufes, mit Abänderung der Sentenz des k. Landg. Dachau de dato 25. Juli. d. J. publ. am 31. dess. Mon. für Recht:

daß die Beklagten, und Gegenkläger den ihnen aufgelegten Beweis nicht geliefert haben,

sohin verbunden seyen, dem Kläger und Wiederbeklagten das Reugeld pr. 600 fl. zu entrichten.

Die Kosten erster und zweiter Instanz werden compensirt.

Gründe.

1. Laut rechtskräftigen erstrichterl. Interlocuts vom 20. insinuirt 23. Apr. d. J. liegt den Beklagten und Nachklägern der Beweis ob, daß Kläger und Wiederbeklagter am 21. Nov. v. J. zu Dachau, den fraglichen Kauf nicht halten zu wollen, erklärte, wenn Erstere nicht mit einem Bürgen für den Kaufschilling zufrieden seyen. Nun konnte aber

2. unter den vom Probanten vorgeschlagenen zwei Zeugen, der ganz exceptionsfreie Joseph Müller, Müller zu Petershausen (Act. Nr. 50.) über den obigem Beweis-Thema zusagenden, 5ten Probatorialartikel bei seinem Eide nichts angeben.

3. Derselbe Artikel wurde zwar vom Kasp. Schneider Bader in Petershausen eidlich bestättiget; allein die vom Bachmaier in den ersten fünf Sätzen seines Gegenbeweises wider diesen Zeugen hinsichtlich des bei der Sache obwaltenden indirecten Interesses desselben gemachte Einwendung wurde durch die eidlichen Aussagen classischer Zeugen, nämlich des Peter Ostermaier auf den 3ten des Johann Meßner über den 1sten, 2ten und 5ten, dann des Xaver Fischer auf den 3ten Probationsartikel, besonders wenn man, erwähnte Elogien zusammenstellend, erwägt, hinlänglich bewiesen, und hiedurch nach Cod. jud. cap. 10. § 3. Nr. 3. die Exceptionsmäßigkeit des gedachten Schneiders begründet.

4. Dem Beweisthema entsprechend deponirte daher nur ein einziger exceptionsmäßiger Gezeuge; die Beklagten und Wiederkläger haben sonach vermöge cod. civ. cap. 10. § 12. Nr. 3. und 4. und der Anmerkung l. c. und cap. 9. § 2. lit. b. keinesweges einen halben Beweis für sich, weßhalben sie Inhalts Cod. jud. cap. 13. § 3. Nr. 2. nicht zum Erfüllungs-Eide gelassen werden können.

Als Folge hievon war auf die Nichtleistung des Beweises, und auf Verurtheilung der Appellaten zur Bezahlung des

unwidersprochenermassen bedungenen Reugeldes pr. 600 fl. zu erkennen.

Die Compensation der Kosten rechtfertiget schon der Umstand, daß die Appellaten, sententiam Imae für sich haben. Not. ad cod. jud. cap. 17. § 4. lit. e.

München, den 1. Dec. 1818.

18.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der Hieblerischen Eheleute von Petershausen, dermalen in München gegen Anton Bachmaier, Posthalter in Pfaffenhofen wegen Reukauf zu Recht:

Daß Anton Bachmaier den Reinigungs-Eid dahin abzuschwören habe, — daß er die Äußerung, er wolle den fraglichen Kauf nicht halten, wenn die Hieblerischen Eheleute mit einem Bürgen nicht zufrieden seyen, — nicht gemacht habe.

Die Kosten erster Instanz bleiben bis zu definitiver Erledigung der Sache in suspenso, die der zweiten Instanz erlaufenen werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

Daß, und warum es vorzüglich auf den Beweis der Thatsache ankomme, daß Bachmaier sich erklärte, den Kauf nicht halten zu wollen, ist in den Gründen der vorigen Instanz hinlänglich auseinandergesetzt.

Über diese Thatsache vermag nun Zeuge Müller nichts zu deponiren, seine Aussage kann daher für mehr nicht, als ein Adminiculum zur Hauptsache gelten; denn wenn auch vollständig erwiesen wäre, daß Bachmaier einen Bürgen für den

Kaufschilling habe stellen wollen, so ging daraus noch nicht hervor, daß er sich auch ausdrücklich erklärt habe, er wolle, wenn man dieses nicht annehme, vom Kaufe abstehen.

Wohl aber liegt dieses Hauptmoment verbunden mit jenem Adminiculum in der Aussage des Zeugen Kasp. Schneider.

Wenn man aber erwäget, daß dieser Zeuge bei dem Verkaufe an Bachmaier sowohl, als an Kraus thätig war, daß er es ist, der nach Lage der Acten, die gegründete Vermuthung gegen sich hat, den ersten Kauf rückgängig gemacht zu haben, daß die Hieblerischen Eheleute seine Hilfe für so wesentlich hielten, daß sie ihm eine Kalbe überließen, und daß er demnach ein natürliches Interesse hat, die Schuld des Rückganges auf Bachmaier zu wälzen, damit ihn keine Beschuldigung treffe, den Hieblerischen schlecht —, und zu ihrem Nachtheile gedienet, und gerathen zu haben, so muß man nothwendig diesen Zeugen, als noch dermal bei der Sache interessirt, und sohin exceptionsmäßig ansehen.

Bei dieser Bewandtsame steht den Hieblerischen Eheleuten zwar eine Probe von ziemlichem Gewichte, aber doch nicht von der Stärke zur Seite, daß sie die Kraft eines vollen halben Beweises erreichte, und es konnte demnach nach cod. jud. cap. 13. § 3. Nr. 5. nur auf das juramentum purgatorium erkannt werden.

München, den 21. Mai 1819.

19.

Erkenntniß.

Das königliche bayer. Landgericht Dachau.

Erkennt in Sachen des kön. Posthalters Bachmaier zu Pfaffenhofen gegen die Hieblerischen Eheleute zu Petershausen, gegenwärtig Milchleute in München wegen Reukauf auf Vortrag und collegiale Berathung zu Recht, daß

Alois Hiebler den Erfüllungs-Eid dahin abzuschwören habe, daß Bachmaier am 21. Nov. 1817 zu Dachau die Erklärung, er wolle den fragl. Kauf nicht halten, wenn die Hieblerischen Eheleute mit einem Bürgen nicht zufrieden seyen — gemacht habe.

Die Kosten bleiben vor der Hand in suspenso.

Gründe.

Durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 20. April 1818 wurde in erster Instanz dahin interloquirt, die beklagten Hieblerischen Eheleute haben in gesetzlicher Frist zu erweisen, daß Kläger Bachmaier am 21. Nov. 1817 zu Dachau sich erklärte, den fragl. Kauf nicht halten zu wollen, wenn erstere mit einem Bürgen für den Kaufschilling nicht zufrieden seyen.

Nach gegenseitig geführter Weisung sprach das Oberapp.-Gericht für das Königreich als III. Instanz am 21. Mai 1819 aus, es stehe den Hieblerischen Eheleuten zwar eine Probe vom ziemlichen Gewichte, aber doch nicht von der Stärke zur Seite, daß sie die Kraft eines halben Beweises erreichte, denn über die Thatsache, daß Bachmaier vom Kaufe abzustehen erklärte, wenn die Hieblerischen mit einem Bürgen nicht zufrieden seyen, wußte der Zeuge Müller nichts zu deponiren, seine Aussage kann daher nicht für mehr, als ein adminiculum zur Hauptsache gelten; denn wenn auch vollständig erwiesen wäre, daß Bachmaier einen Bürgen für den Kaufschilling habe stellen wollen, so ging daraus nicht hervor, daß er sich auch ausdrücklich erklärt habe — er wolle, wenn man dieses nicht annehme, vom Kaufe abstehen — wohl aber liegt dieses Hauptmoment verbunden mit jenem Adminiculum in der Aussage des Zeugen Kaspar Schneider.

Da aber Kasp. Schneider, actenmäßig, mitwirkte, und die Vermuthung gegen sich hat, den ersten Kauf rückgängig gemacht zu haben, und die Hieblerischen Eheleute dessen Hilfe für so wesentlich hielten, daß sie ihm eine Kalbe überließen, so erscheint der Zeuge Kasp. Schneider, als exceptionsmäßig, und es wurde demnach auf das juramentum purgatorium nach Cod. jud. cap. 13. § 3. Nr. 5. erkannt.

Am Commissionstage zur Abschwörung des Erfüllungs-Eides legte Alois Hiebler das Restitutions-Gesuch wegen des neuvorgefundenen Gezeugen Jos. Pölt von Haimhausen ein, wodurch die Hauptsache merklich alterirt werden würde.

Derselbe wurde sofort in integrum restituirt, und der neu vorgeschlagene Gezeuge Joseph Pölt nach den früheren Weisungssätzen vernommen.

Derselbe über alle Exceptionen erhaben, erhärtet eidlich, daß Bachmaier dem Hieblerischen einen Bürgen habe stellen wollen, und dabei geäußert habe, daß er, wenn dieselben mit einem Bürgen nicht zufrieden seyen, vom Kaufe nichts mehr wissen wollte, (formalia) wenn du mit einem Bürgen nicht zufrieden bist, so sch... ich dir auf'n Hof.

In dieser Aussage liegt nun nicht nur das in dem allerhöchsten Erkenntnisse des Ober-Appell.-Ger. für das Königreich bezeichnete Adminiculum, daß Bachmaier einen Bürgen stellen wollte, sondern auch jenes Hauptmoment, daß er auf den Fall, wenn ein Bürge nicht angenommen würde, den Kauf nicht halten wolle.

Durch diese Aussage ist das Thema probandum völlig erschöpfet, und nach Cod. jud. cap. 10. § 13. eine halbe Probe begründet, und außerdem stehet den Hieblerischen nach dem allerhöchsten Erkenntnisse vom 21. Mai 1819 eine Probe von ziemlichem Gewichte, welche jedoch nicht die Kraft eines halben Beweises erreichet, zur Seite, zur Ergänzung dieser nicht ganz vollkommenen Probe mußte nach Cod. jud. cap. 13. § 3. Nr. 2. auf den Erfüllungs-Eid, wozu sich Hiebler in eventum in der Weisungsschrift vom 8. Mai 1818 angeboten hat erkannt werden.

Der Kostenpunct bleibt bis zu einem definitiven Erkenntnisse in suspenso Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 2.

Am 10. Febr. 1821.

20.
Erkenntniß.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern ꝛc.

Das kön. App.-Ger. des Isar-Kreises.

Hat sich in Sachen des Anton Bachmaier, Posthalters zu Pfaffenhofen, Kläger, und Appellanten, gegen Alois Hiebler, Milchmann zu München, Beklagten und Appellaten wegen Reukauf Vortrag erstatten lassen, und bestättiget, das vom kön. Landger. Dachau am 10. Febr. erlassene, und am 2. März l. J. eröffnete Erkenntniß aus den demselben beigesetzten Entscheidungsgründen.

Die Berufungskosten hat Appellant allein zu tragen, den appellatischen Rechtsanwalt Advocat M. aber will man wegen Frivolität der Berufung in eine Strafe von 3 Thlr. zur Central-Pensions-Anstalt für die Hinterlassenen der Advokaten des Königsreiches nach Gerichts-Ordnung l. XV. § 11. Nr. 6. und der Disciplinar-Ordnung § 10. Nr. 11. verurtheilet haben.

München, am 17. Juni 1821.

21.
Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der Hieblerischen Eheleute von Petershausen, dermalen in München, gegen Anton Bachmaier, Posthalter in Pfaffenhofen wegen Reukaufs zu Recht,

daß Ant. Bachmaier den Reinigungs-Eid dahin abzuschwören habe, daß er am 21. Nov. 1817 zu Dachau die Erklärung, er wolle den fraglichen Kauf nicht halten, wenn

die Hieblerischen Eheleute mit einem Bürgen für den Kaufschilling nicht zufrieden seyen, nicht gemacht habe.

Die Kosten erster Instanz in der Hauptsache bleiben bis zu deren definitiven Erledigung in suspenso die in voriger Instanz dictirte Frivolitätsstrafe fällt bei nun ergangenem reformatorischen Urtheile von selbst hinweg.

Gründe.

Bachmaier foderte den Reukauf von seinem Gegner, weil dieser von dem Kaufe zurückgetreten war, Hiebler konnte diesen Rücktritt nicht in Abrede stellen, denn er lag klar darin, daß das Gut an einen andern verkauft, und übergeben worden war, allein er schützte sich mit der Einrede, Bachmaier sey zuerst von dem Kaufe abgestanden, und könne daher den Reukauf nicht nur nicht fodern, sondern müsse ihn vielmehr bezahlen.

Diese Einrede in Conventione, die zugleich den Klagegrund in reconventione bildete, lag in keiner Art schon erwiesen in den Acten, es war also an dem asserirenden Hiebler, sie zu erproben, und dahin lautete das Interlocut, vom 20. April 1818, von dem, da es in Rechtskraft erwuchs, der Richter sich nicht mehr entfernen darf, sondern nothwendig die Entscheidung in der Hauptsache darauf gründen muß.

Hiebler trachtete nun, die ihm obliegende Probe dadurch zu liefern, daß er darzuthun suchte, Bachmaier habe sich eines Ausdruckes bedient, aus dem sein Wille, vom Kaufe rückzutreten, klar zu entnehmen gewesen, und wirklich bestätigte auch ein Zeuge diese Behauptung, allein der Aussage dieses Zeugens konnte aus dem im diesseitigen Urtheile vom 21. Mai 1819 bereits entwickelten Gründen das Gewicht einer halben Probe nicht beigelegt werden.

Nun hat aber Hiebler noch einen zweiten Zeugen für seine Behauptung beigebracht, und es frägt sich, welches Gewicht der Aussage desselben beizulegen sey.

Zeuge Schneider wollte aus dem Munde des Bachmaier einige unfläthige Ausdrücke, die auf einen Rücktritt schließen lassen, und dann die Worte gehöret haben „aus dem Kaufe

wird nichts," Zeuge Pölt hörte erstere Ausdrücke ebenfalls von Bachmaier, die Worte: und aus dem Kaufe wird nichts, aber vom Hiebler.'

Die unflätigen Worte nun, wenn sie schon auf einen großen Unwillen hinweisen, sind doch für sich allein nicht so geartet, daß daraus ein Rücktritt mit Gewißheit gefolgert werden könnte, sie begründen demnach höchstens eine Vermuthung hiefür, allein mehr kann aus ihnen nicht gefolgert werden, zumal Bachmaier, als er darauf bestand, daß der Kauf vor allem gerichtlich protocollirt werden sollte, nichts Unbilliges foderte, und über die Verweigerung eines billigen Begehrens leichter in Unwillen gerathen konnte.

Es brachte nämlich die außergerichtliche Übereinkunft vom 19. Nov. 1817 mit sich, daß die Baarzahlung erst nach erfolgten grundherrlichen Consens zu geschehen habe, es mußte also eine Protocollirung nothwendig vorausgehen, und indem Bachmaier auf einer Bedingung bestand, die der Natur des eingegangenen Geschäftes gemäß war, gab er weder dadurch, noch durch die hernach im Unwillen ausgestossenen unflätigen Worte seinen Willen, vom Kaufe selbst zurückzutreten, zu erkennen.

Nicht diese Worte sind es demnach, worauf in der Aussage des Zeugen Schneider, Gewicht zu legen war, sondern der Nachsatz „und aus dem Kaufe wird nichts" den Schneider ebenfalls aus Bachmaiers Munde gehöret haben will, und der, wenn vollständig bewiesen, in Verbindung mit jenen andern Worten, über den Rücktritt allerdings keinen Zweifel gelassen hätte.

Allein wenn Schneiders Glaubwürdigkeit schon damals mit Grund in Zweifel gezogen wurde, so erscheint sie, wie die Sachen nun stehen, noch um vieles geringer, er wie Pölt, wollen im Augenblick des Wortwechsels gegenwärtig gewesen seyn, und so nahe, daß ihnen nichts davon entgehen konnte, nun will aber er die Worte, „und aus dem Kaufe wird nichts," aus Bachmaiers Munde gehört, während Pölt mit gleicher Bestimmtheit behauptet, sie von Hiebler vernommen zu haben; nur einmal, und nur von einem können aber nach

Lage der Acten, die Worte gesprochen worden seyn, es stehen sich also die Zeugen Schneider und Pölt in ihrer Deposition über den Hauptpunct geradeüber, ihre Aussagen heben sich also nach Cod. jud. cap. 10. § 20. gegenseitig auf, und es bleibt für Hiebler nichts mehr übrig, als daß Bachmaier sich der oft berührten unfläthigen Worte bedient habe.

Da nun aus diesen allein ein Rücktritt nicht gefolgert werden kann, da ein solcher sich aber so wenig aus dem Umstand folgern läßt, daß Bachmaier vor allem auf der Protocollirung bestand, so mußte die Probe sogleich für nicht geleistet erkläret werden, wenn nicht durch die Worte, deren sich Bachmaier wirklich bediente, einige Vermuthung begründet wurde, daß er dadurch habe einen Rücktritt ausdrücken wollen.

München, den 3. März 1822.

Rechtsfall X.

über

die Verbindlichkeit zur Beweisantretung desjenigen Theiles, der sich bei dem Interlocute beruhigt, während der andere Theil dagegen appellirt.

Erster Fall.

Einleitung.

In dem, bei dem königl. Kreis- und Stadtgerichte St. geführten Rechts-Streite der Theres A. von Sch. gegen Katharina v. K. zu L. wurde der Letztern im appellat.-gerichtl.

Interlocute de publ. 7. April 1827 ein Beweis auferlegt, gegen welchen sie nicht, wohl aber die Klägerin die Revision ergriff.

Kath. v. K. trat jedoch den ihr auferlegten Beweis nicht innerhalb 30 Tagen a die publicationis des Interlocuts, sondern erst, nachdem dasselbe vom kön. Oberappell.-Gerichte bestättigt worden war, an, ohne jedoch um Verlängerung oder Suspension des Beweistermines eingekommen gewesen zu seyn.

Als die Beweisschrift der Kath. v. K. der Klägerin zugeschlossen wurde, erinnerte dieselbe am 18. Jän. 1828 Folgendes dagegen.

---

§ 1.

Aus dem mir mitgetheilten Duplicate der Weisungsschrift der Fr. Beklagten habe ich ersehen, daß dieselbe den ihr durch das kön. Appell.-Ger. des ***Kreises de publ. 7. April 1827 auferlegten Beweis innerhalb des ihr ertheilten und sec. cod. jud. cap. 9. § 11. von dem Publicationstage zu laufen anfangenden, präclusiven Termins von 30 Tagen nicht angetreten, sondern ihre Weisungssätze, ohne um prolongationem vel suspensionem termini rechtzeitig einzukommen, erst am 4. d. M. eingereicht, mithin den Termin versäumt und die angedrohte Präclusion verwirkt habe.

Diese Termins-Versäumniß läßt sich auch dadurch nicht rechtfertigen, daß ich gegen das zweitrichterliche Urtheil die Revision ergriffen habe; denn da die Beklagte durch das am 7. April 1827 eröffnete Interlocut ihren Zweck erreichte und demselben submittirte, ohne die Oberberufung dagegen zu ergreifen, so ist es für sie mit dem Ablaufe des 7. Mai 1827 in Rechtskraft erwachsen und sie hatte schlechterdings keinen Grund, mit dem ihr innerhalb 30 Tagen präclusiver Frist anzutreten auferlegten Beweise so lange zu warten, bis die sententia confirmatoria der dritten Instanz publicirt seyn würde.

Die Sache ist demnach ganz auf den Stand zurückgeführt, in welchem sie sich befand, ehe die Frau Gegnerin auf den

Gedanken kam, gegen das erstrichterliche Urtheil de publ. 27. Nov. 1826 zu appelliren.

Ich stelle daher die Bitte, die Frau Kath. v. K. mit dem ihr auferlegten Beweise zu präcludiren und sie meinen frühern Petiten gemäß in Haupt- und Nebensache gerechtest zu condemniren.

§ 2.

Unterm 25. Jän. 1828 notificirte hierauf das kön. Kreis- und Stadt-Ger. St. der Klägerin Theres A., daß ihre Erinnerung der Beklagten lediglich zur Wissenschaft mitgetheilt wurde, da der kläger'sche Antrag auf Desertion des Beweises nicht Eingang finden könne.

§ 3.

Hiegegen übergab Theres A. folgende Berufung:

Nach Cod. jud. cap. 9. § 11. sind alle Beweistermine ipso facto peremtorisch und präclusiv, wenn gleich hievon keine ausdrückliche Meldung geschieht, werden gemeiniglich auf 30 Tage ertheilt, und laufen von Zeit der Insinuation, oder, wenn es eine Sentenz ist, von der Publication an.

Nun hat ein kön. Appell.-Ger. am 16. März 1827 der Frau Beklagten und Appellatin auferlegt, in Zeit von 30 Tagen präclusiver Frist zu beweisen, daß ich auf den Mehrbetrag von 4000 fl. Verzicht geleistet habe. Diese Sentenz wurde am 7. April 1827 verkündet.

Da sich nun die Beklagte bei diesem ihr günstigen, d. h. ihren Anträgen entsprechenden Urtheile beruhigte, so hätte sie den ihr auferlegten Beweis längstens bis zum 7. Mai 1827 antreten sollen; denn wenn auch ich die Revision gegen die sententiam II^dae ergriff, so hat dieses doch für die Beklagte keinen Bezug, weil sie das Beweisinterlocut rechtskräftig werden ließ, und demselben submittirte.

Nun trat sie aber den ihr auferlegten Beweis erst am 4. Jän. d. J. an, nachdem der ihr hiezu ertheilte präclusive Termin längst abgelaufen war, und sie vor dessen Ablauf

weder um Prolongation noch Suspension desselben gebeten hatte.

Ich accusirte contumaciam und bat, sie mit dem auferlegten Beweise zu präcludiren und in der Hauptsache meinen Klagspetiten gemäß zu verurtheilen; allein das kön. Kreis- und Stadt-Gericht St. schritt zur Vernehmung der Zeugen mit dem höchst gravirlichen Beisatze, daß mein Antrag auf Desertion nicht Eingang finden könne.

Einen Grund für diese Entscheidung anzuführen, wäre um so nothwendiger gewesen, als sie dem deutlichsten Gesetze entgegensteht, und mein Antrag sich lediglich auf das Gesetz stützt.

Der Umstand, daß ich ad tertiam instantiam appellirte, enthält für die Beklagte keinen Grund, mit der Beweises-Antretung zu warten, bis der oberste Gerichtshof entschieden haben würde; denn ich hätte ja meine Berufung auch vor erfolgter Entscheidung wieder zurücknehmen können!

Auch existirt in dem ganzen Gesetze nirgend eine Veranlassung, welche es rechtfertigen könnte, daß der Beweisführer, welcher sich dem Beweis-Interlocute unterwirft, dennoch den Beweis innerhalb der ihm fürgesetzten Frist nicht antreten dürfe.

Es rechtfertigt sich demnach meine Beschwerde und die Bitte:

die Articulantin mit dem ihr auferlegten Beweise zu präcludiren.

§ 4.

Die Beklagte und Appellatin wendete gegen diese Ansicht im Wesentlichen Folgendes ein:

Nebenverantwortung

der Katharina v. K. vom 28. Febr. 1828:

1mo durch die Appellation wird die vis rei judicatae gehindert, die Rechtskraft des bestrittenen Urtheils suspendirt, — Anm. ad cod. jud. cap. 15. § 9. lit. a. — und dieß be-

wirkt die Appellation eines Litiganten für beide Theile; denn durch die Introduction wird die Appellation eines Theils ein beneficium commune, ibid. § 10. lit. c. es wird daher die vis rei judicatae, die der eine Theil durch seine Berufung hemmt, nothwendig auch für den andern Theil suspendirt. Ist aber durch die Appellation des einen streitenden Theiles die Wirksamkeit des (bestrittenen) Interlocuts auch für den andern Theil gehemmt, so hat dieser weder das Recht noch die Pflicht, dieses Interlocut zu befolgen.

2da Man sagt deßwegen nicht, daß der Beweistermin erst a tempore rei judicatae zu laufen anfange, d. h. daß erst das Interlocut in Rechtskraft erwachsen, nämlich dagegen in 30 Tagen nicht appellirt worden seyn müsse, wenn man schuldig seyn soll, in einer weitern Frist von 30 Tagen den Beweis anzutreten, Cod. jud. cap. 9. § 11., denn die dießfallsige Gesetzverbesserung bestand (1753) darin, daß der Termin zum Beweis-Antritt und der Termin zur Berufung gegen das Interlocut conjungirt und (regelmäßig) identificirt, nämlich festgesetzt wurde, es sollte regelmäßig in Zeit von 30 Tagen, vom Tage der Publication des Interlocuts entweder der Beweis angetreten oder die Berufung eingeführt und wenn keines geschieht, sowohl der Beweis als die Berufung für desert erkannt werden.

Rescripte vom 25. Juni und 4. Aug. 1756. Nov. zur G.-O. I. S. 253 und 287 folg.

Allein unstreitig wird der Beweis-Termin durch eine Appellation gegen das Interlocut suspendirt und ganz gleichgiltig ist es, ob beide Theile oder nur einer und ob der zum Beweis Aufgefoderte oder sein Gegner appellirt hat. Der Erstere ist erst schuldig, den Beweis auzutreten und der Letztere ist erst schuldig, sich diese Beweis-Antretung gefallen zu lassen, wenn das Interlocut vom Oberrichter bestättigt wird, und eine weitere Appellation nicht eintritt oder nicht mehr eintreten kann.

§ 5.

Das kön. Appell.-Ger. des *** Kreises bestättigte hierauf am 5. Nov. 1828 den erstrichterl. Beschluß vom 25. Jun. 1828

unter Verurtheilung des kläger'schen Anwalts in eine Frivolitätsstrafe von 3 Thlrn. aus folgenden Gründen:

In vorliegender Streitsache erkannte das kön. App.-Ger. auf eingelegte Berufung der Beklagten v. K. gegen ihre Tochter Theres A. wegen Vaterguts und Ausfertigung unterm 16. März v. J. zu Recht,

daß die Beklagte in Zeit 30 Tagen präclusiver Frist zu beweisen habe, daß ihre Tochter die Klägerin sich mit 4000 fl. Vatergut begnügt, und auf die frühere in dem Vertrage vom 28. Nov. 1810 ausgesprochene höhere Summe des Vaterguts zu 8000 fl. rechtsförmlich Verzicht geleistet habe.

Dieses Erkenntniß wurde den Theilen am 7. April d. J. eröffnet. Allein die Klägerin Ther. A. ergriff schon unterm 18. und praes. 23. April v. J. die Berufung zur 3ten Instanz, wovon der Beklagten das Duplicat dieser Berufung unterm 24. April darauf zur Wissenschaft mitgetheilt wurde.

Bei diesen Umständen unterließ die Beklagte ihren Beweis anzutreten und wartete vorerst das Erkenntniß der letzten Instanz ab, welches unterm 6. praes. 16. Nov. v. J. bestättigend das Interlocut des kön. Appell.-Ger. erfolgte.

Dieses oberstrichterliche Erkenntniß ist den Theilen am 17. Dez. v. J. verkündet worden, worauf Kath. v. K. ihre Beweisantretungsschrift sub praes. 4. Jän. l. J. bei erster Instanz, sohin rechtzeitig einreichte.

Nun aber glaubt die Klägerin, daß diese Beweisantretung desert sey, weil nicht die Beklagte, sondern sie Klägerin gegen das appellationsgerichtliche Beweis-Interlocut die Berufung zur 3ten Instanz ergriffen habe, sohin das Interlocut für die Beweisführerin schon damals rechtskräftig geworden, dieselbe also, da solches am 7. April v. J. verkündet worden ist, ihren auferlegten Beweis längstens bis zum 7. Mai v. J. hätte antreten sollen.

Die zweite Instanz spricht: die Ansicht, daß durch Appellation des einen

Allein diese Behauptung der Appellantin widerstrebt allen Rechtsgrundsätzen.

Nach Cod. jud. cap. 15. § 9. und in not. lit. a. wird durch die Appellation vis

rei judicatae gehindert und die Rechtskraft des bestrittenen Erkenntnisses suspendirt, indem die Streitsache sammt allem, was davon abhängt, an den höhern Richter devolirt wird und dem Unterrichter die Hände so gebunden sind, daß er in denjenigen Gegenständen, über welche die Appellation ergriffen wurde, nichts mehr unternehmen darf, sondern den Ausspruch des höhern Richters abzuwarten hat. Dieses nämliche bewirkt auch die Appellation für beide Theile, wenn auch nur ein Theil die Berufung ergriffen hat.

Theiles für den andern nicht appellirend. Theil der Beweistermin nicht suspendirt werde, widerstrebe allen Rechts-Grundsätzen.

Eben daher wird auch der Beweis-Termin durch eine Appellation gegen das Interlocut suspendirt, es mögen beide Theile oder nur ein Theil dagegen appellirt haben.

Ebenso ist auch derjenige, welchem ein Beweis auferlegt wurde, im Falle einer Berufung des einen oder des andern Theils nicht eher verbunden, den Beweis anzutreten, als bis der höhere Richter das Interlocut bestättigt hat, eine weitere Appellation nicht eintritt oder nicht mehr eintreten kann.

Da übrigens diese Berufung nicht nur grundlos, sondern auch sehr muthwillig erscheint, so sind die in der Berufungs-Instanz erlaufenen Kosten der Appellantin aufzubürden, deren Anwalt aber ist wegen muthwilliger Verfassung der Berufungsschrift in eine Frivolitätsstrafe von 3 Thlrn. zum Advocaten-Wittwen- und Waisenfond zu verurtheilen.

§ 6.

Hiegegen beschwerte sich der k. Adv. M. unterm 9. Juni 1828 zum Ober-Appell.-Ger. wie folgt:

Die Gerichtsordnung schreibt vor, daß derjenige, welchem der Beweis durch ein richterliches Interlocut auferlegt wird, denselben entweder intra terminum von 30 Tagen a die publicationis sententiae an gerechnet, antreten oder um Verlängerung einkommen oder die Berufung ergreifen muß, widrigenfalls der Beweis für ihn desert zu erachten ist.

In der Streitsache der Theresia A. gegen Kath. v. K. legte das kön. Appell.-Ger. des U.-D.-Kr. der Beklagten den Beweis ihrer Einreden auf.

Dieses Interlocut wurde von dem Kreisgerichte St. nach vorgängiger Ladung der Partheien am 7. April 1827 rechtsförmlich publicirt.

Die Beklagte submittirte diesem Ausspruche, bat weder um Prolongation noch Suspension des Weisungstermines, und überreichte doch ihre Beweisschrift erst am 4. Jän. 1828, weil ich gegen das appellationsgerichtliche Interlocut die Revision an Eure kön. Majestät ergriff und die confirmatorische Sentenz erst am 17. Dez. 1827 verkündet wurde.

Da aber das Interlocut für die Beklagte wegen nicht ergriffener Berufung schon am 7. Mai 1827 rechtskräftig wurde, indem der Effect der Berufung des Gegners nur darin besteht, daß dem Unterrichter die Hände gebunden werden und der Appellat in conneren Puncten selbst nach Ablauf der Fatalien der Appellation noch adhäriren kann, so drang ich darauf, die Beklagte mit ihrem Beweise zu präcludiren.

Weil aber diesem Antrage nicht deferirt wurde, so ergriff ich die Berufung an das kön. Appell.-Ger. in St.

Allein diese Stelle wies nicht nur meine Mandantin mit der Appellation ab, sondern condemnirte mich sogar, wie ich zufällig aus der am 3. d. M. zu Gesicht bekommenen Abschrift der zweitrichterlichen Entscheidung vernahm, in eine Frivolitäts-Strafe von 3 Thalern.

Ich bin noch bis zur Stunde von der Richtigkeit meiner Ansicht vollkommen überzeugt, daß die Articulantin, welche das Beweis-Interlocut in Rechtskraft erwachsen ließ, innerhalb des ihr hiezu ertheilten Termins den Beweis hätte antreten sollen; denn es wäre mir ja sogar freigestanden, von der Revision zu desistiren, in welchem Falle gar kein oberstrichterliches Urtheil mehr verkündet worden wäre, mithin auch kein neuer Termin für sie zu laufen angefangen hätte; allein da meine Mandantin bloß aus Überdruß der langen Dauer dieses Processes auf ein weiteres Rechtsmittel verzichtet, so muß

ich hinsichtlich der gegen mich ausgesprochenen höchst ungerechten und kränkenden Strafverfügung meine allerehrfurchtsvollste Beschwerde in separato stellen, denn die von mir verfaßte Berufung war nichts weniger als frivol.

Wenn auch dem judici a quo durch die Appellation die Hände gebunden sind, so hat dieses doch keinen Einfluß auf den Appellaten, welcher sich nicht gravirt findet und daher dem Judicate nachkommen muß, wo dann nach der täglichen Erfahrung die Beweisantretungsschrift dem Articulaten einstweil zur Wissenschaft mitgetheilt wird.

Eine stillschweigende Termins-Suspension ist durch kein Gesetz gerechtfertigt, am wenigsten kann man mir, wenn meine Ansicht per inconcessum irrig seyn sollte, einen Streits-Muthwillen zur Last legen.

Ich bitte daher ꝛc.

§ 7.

Das k. Oberappell.-Ger. erkannte hierauf am 9. April 1831 zu Recht, das Adv. M. von der ihm durch Erkenntniß des k. Appell.-Gerichts vom 5. Mai 1828 überbürdeten Frivolitäts-Strafe von 3 Thalern freizusprechen sey, da die Frage, ob derjenige, dem der Beweis auferlegt ist, denselben auch innerhalb der gesetzten Frist antreten oder diese wenigstens salviren muß, wenn der Gegentheil wider die Beweisauflage appellirt hat? nicht so klar und deutlich in den Gesetzen entschieden ist, daß die von dem kön. Adv. M. ergriffene Berufung gegen eine von der ersten Instanz erlassene, verneinende Entscheidung jener Frage für muthwillig erachtet werden könnte.

Die dritte Instanz spricht: daß diese Frage keineswegs so klar und deutlich in den Gesetzen entschied. sey — (als es der 2ten Instanz geschienen hat). —

Zweiter Fall.

§ 1.

In der beim kön. Landgerichte R. anhängigen Streitsache der Mathias Sch.'schen Kinder von B. gegen die Bierbräuers-

Wittwe Crescentia L. von B. wurde durch erstrichterl. Interlocut de publ. 21. Nov. 1829 den Klägern ein Beweis auferlegt. Da sie aber Abschrift dieses Interlocuts erst am 1. Jän. 1830 erhielten, so traten sie resp. ihr Anwalt erst am 5. dess. Mon. u. Jahres ihren Beweis an, nachdem sie Folgendes vorausgeschickt hatten.

Da die Mittheilung der erstrichterl. Sentenz erst durch das Decret vom 30. Dec., insin. am 1. dieß beschlossen wurde, während die Mittheilung derselben sogleich an dem festgesetzten Publications-Termine den bestehenden Vorschriften gemäß hätte geschehen sollen, so kann ich es mand. noe. nicht anerkennen, daß die Publication schon am 21. Nov. vor. J. geschehen seyn solle, sondern sie hat für mich auf gesetzlich giltige Weise nicht früher statt gefunden, als am 1. d., an welchem die Original-Sentenz meinem Insinuations-Mandatar in vim publicationis behändigt wurde, daher kann auch der Beweis-Termin erst von diesem Tage an zu laufen anfangen.

Sollte diese Ansicht von irgend einer Seite rechtlich bestritten werden können oder wollen, so will ich für diesen denkbaren Fall, ohne jedoch im mindesten ein nachtheiliges Zugeständniß machen oder meinen Mandanten ein Recht vergeben zu wollen, bloß eventuel die restitutionem in integrum contra lapsum termini probatorialis nachsuchen und dieses Gesuch darauf gründen, daß mir die Sentenz, welche den Klägern den Beweis auferlegt, erst geraume Zeit nach Ablauf des Beweis-Termines, wenn man dessen Lauf vom 21. Nov. 1829 anfangend berechnen wollte insinuirt wurde, daher mir nach dem Rechtsaxiom: non valenti agere, non currit praescriptio kein Rechtsnachtheil zugehen konnte, zumal da ich noch im Laufe des Termines, nämlich am 10. Dec, ohne hiezu verbunden gewesen zu seyn um Mittheilung des Erkenntnisses bat und als ich einerseits Gründe hatte, zu vermuthen, daß die ziemlich verspätete Vorlage der Vollmachten die Urtheilsfassung werde verzögert resp. bis zum 21. Nov. 1829 unmöglich gemacht haben, anderseits aber ich um so weniger vermuthete, daß den Klägern der Beweis der Klage werde auferlegt werden, da die Voracten Geständnisse der Schuld

und Anerkenntnisse der Liquidität in Menge enthalten und diese Notorität die Kläger allerdings von der Beweiskraft dispensirt haben dürfte.

(Nunmehr folgte die Beweisantretung selbst.)

§ 2.

Indessen hatten die Beklagten gegen das erstrichterliche Urtheil appellirt und nachdem dieses in II^da bestättigt worden war, setzte das kön. Landgericht N., welches den Beklagten die vorerwähnte Eingabe des klägerischen Anwalts vom 5. Jän. 1830 schon im Introtulationstermine zur Wissenschaft zugeschlossen hatte, durch Decret vom 27. Mai 1830 Tagsfahrt zur Production der klägerischen Probatorial-Urkunden an.

§ 3.

Hiergegen remonstrirte der Anwalt der Beklagten unterm 4. Juni 1830 wie folgt:

Der § 12 des Proceß-Gesetzes vom 22. Juli 1819 sagt ausdrücklich:

„Ist durch richterl. Urtheil auf Beweis erkannt, so ist derjenige, welchem der Beweis auferlegt wurde, bei Strafe der Desertion verbunden, denselben innerhalb des angesetzten Termines anzutreten, und alle seine Beweismittel zu nennen, unter dem Nechtsnachtheile, daß er sich desjenigen, was er vom Zugeben unterlassen hat, in der Folge nicht mehr bedienen kann."

Ebenso bestimmt schon die bayer. Ger.-Ordn. Cap. 9. § 6. Nr. 1., daß die Versäumung des Beweistermines ipso facto, also auch ohne dießfallsigen Contumacial-Anruf des Gegners die Präclusion des zu führenden Beweises nach sich ziehe.

Nun war nach Ausweis der Acten die Publication des erstrichterlichen Urtheils am 21. Nov. v. J. erfolgt und Kläger waren gehörig zu diesem Acte vorgeladen worden, wie dieselben in ihrer verspäteten Beweisantretungsschrift vom 5. Jän. h. J. selbst auch zugestehen. Es entscheidet also auch für sie der Tag der Publication, nicht der Tag der Insinuirung der Erkenntnißabschrift.

Bayerische Staatsbibliothek München

Am 21. Dec. v. J. bereits lief daher der Beweistermin für die Kläger ab; allein am 10. Jän. h. J. erst wurde nach dem Praesentatum die Beweisschrift von ihnen übergeben.

Die gegnerische Behauptung, daß mit dem Insinuations-Tage erst die Frist für sie zu laufen begonnen habe, ist durch die Ger.-Ordn. cap. 11. § 8. Nr. 6., worauf hiemit Bezug genommen wird, widerlegt, und es haben dieselben daher den Beweistermin versäumt.

Zwar haben sie eventuel auch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten, doch ist dieselbe durch keine factischen oder rechtlichen Gründe unterstützt, und ich kann auch aus dem anliegenden Decrete v. 27. Mai keineswegs ersehen, daß sie gewährt worden wäre.

Es ist demnach auch ein dießseitiger Beweis der Einreden nicht mehr erfoderlich, da Kläger ihre Klage nicht erprobt haben.

Da einfache Decrete derselbe Richter, welcher sie erlassen hat, wieder zurücknehmen kann, so wird gebeten:

mit Umgehung des Decrets vom 27. Mai die Acten zum Spruche auszusetzen und meine Mandantin von der Klage zu entbinden.

§ 4.

Hiegegen erinnerte dem Anwalt der Kläger im Wesentlichen Folgendes:

Die Protestation der Crescentia K. gegen die angesetzte Urkunden-Production erscheint in jeder Beziehung als unstatthaft; denn

1. hat die Gegnerin selbst die Berufung gegen das erstrichterl. Interlocut ergriffen und verursacht, daß dasselbe mit dem Ablaufe des 30sten Tages nicht in Rechtskraft erwuchs. So lange ein Bescheid nicht rechtskräftig ist, kann er nicht vollzogen, mithin auch der Appellant nicht angehalten werden den Beweis vor dem Eintritt der Rechtskraft anzutreten.

Der Cod. jud. cap. 15. § 6. Nr. 6. spricht hierüber zu deutlich, als daß noch ein Wort hierum verloren werden sollte.

Bayerische Staatsbibliothek München

2. Verbindet keine Sentenz, so lange sie nicht gesetzlich publicirt ist.

Die Original-Sentenz soll nach den bestehenden Verordnungen dem Kläger am Publicationstage behändigt werden; dieß geschah aber nicht, sondern ich erhielt sie anstatt am 21. Nov. 1829 erst am 1. Jän. d. J., obwohl ich schon am 10. Dec. 1829 ein Monitorium hierüber eingereicht hatte.

So lange mir aber die Sentenz nicht verkündet war, konnte ich deren Inhalt nicht wissen, viel weniger den auferlegten Beweis antreten.

3. Die Beklagte reichte ihre Berufungsschrift ein, noch ehe mir die sententia 1^mae publicirt ward, daher der Beweis-Termin ipso facto suspendirt wurde.

4. Schon am 3. Febr. wurde der Beklagten meine Beweisantretungsschrift im Duplicate mitgetheilt; nun hat dieselbe nicht nur nicht auf Präclusion mit dem Beweise angetragen, sondern ausdrücklich geschehen lassen, daß die Acten ad appellatorium gesendet wurden und hiedurch factisch beurkundet, daß sie ihre Appellation — ungeachtet der vermeintlichen Beweisdesertion auf klägerischer Seite, doch nicht zurückgenommen haben wolle, sondern hierauf beharrte und den Eintritt der Rechtskraft hemmte.

5. Selbst wenn die res judicata schon früher eingetreten wäre, müßten die Kläger nach dem Antrage vom 5. Jän. in integrum restituirt werden, weil weder sie noch ich die mindeste Schuld an der verspäteten Einreichung des Beweises tragen.

§ 6.

Am 16. Nov. 1830 erkannte hierauf das königliche Landgericht N. zu Recht:

1. das von den Klägern eventuel gestellte Gesuch um Restitution gegen den Ablauf des Beweisfatale wird angebrachtermassen abgewiesen.
2. Der durch Interlocut vom 2. Nov. v. J. den Klägern auferlegte Beweis ist als desert zu betrachten, und deßhalb

3. die Beklagte von der unter dem 1. Sept. v. J. gegen sie angestellten Klage zu entbinden.
4. Die Kosten werden compensirt.

Gründe:

Unterm 23. Oct. v. J. wurde in rubricirter Streitsache ein Interlocut erlassen, welches den Klägern auferlegte, binnen 30 Tagen peremtorischer Frist zu beweisen:

„daß ihnen die Beklagte noch einen Capitals-Rest von 587 fl. 28 1/2 kr. schulde."

Dieses Erkenntniß ward am 21. Nov. v. J. eröffnet und beschrittet für die Kläger, welche dagegen weder appellirten noch der von der Beklagten eingelegten Berufung adhärirten, nach bekannten Gesetzen die Rechtskraft.

Cod. jud. cap. 15. § 9. Nr. 3 et 4. et in notis.

Zwar waren die Kläger bei der Urtheilspublication weder persönlich noch durch ihre Vertreter zugegen; allein da die richtige Ladung ihres Anwalts zu jener Tagsfahrt sowohl durch das Botenbuch als auch dessen Eingabe vom 10. Dec. hergestellt ist, worin Advokat M. um Mittheilung einer Abschrift der am 21. Nov. publicirten Sentenz nachsuchte, sohin selbst das Urtheil als eröffnet anerkannte, so ist vollkommen außer Zweifel, daß der Anfang des Beweistermins unmittelbar nach dem Tage der Urtheilsverkündung eingetreten sey.

Cod. jud. cap. 14. § 8. Nr. 6.

Nun ist aber die klägerische Beweisantretungsschrift erst am 10. Jän. 1830 eingelanfen, also zu einer Zeit, wo das am 21. Nov. zu berechnende 30tägige Fatale längst umgestossen war.

Nach der Ger.-Ordn. cap. 9. § 5. Nr. 1. und § 11. sind alle Termine im Beweisverfahren ipso jure peremtorisch und präclusiv, und der Richter braucht nicht einmal das Anrufen des Gegentheils abzuwarten, um bei eingetretener Versäumung die Desertion auszusprechen.

Um so mehr mußte im vorliegenden Falle das Desertions-Erkenntniß gefällt werden, da die Beklagte hierauf ausdrücklich angetragen hatte und das eventuele Restitutionsgesuch

den Klägern, welche sich einzig auf die Vorgabe der verspäteten Erkenntniß-Mittheilung stützen, bei der nachgewiesenen, rechtzeitigen Ladung zur Publications-Tagsfahrt, als offenbar unbegründet, nicht genehmigt werden konnte.

Die Entbindung der Beklagten ist nothwendige Folge der Desertion des eingereichten Beweises, welcher das ganze Klagefactum umfaßte.

Die Kosten wurden compensirt, weil die Acten hinlänglich darthun, daß die Kläger nicht ohne redliche Ursache gestritten haben.

Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 3.

§ 6.

Am 29. Nov. erhibirten die Kläger folgende Beschwerde zum kön. Appell.-Ger. des ***Kreises gegen das erwähnte Erkenntniß.

Unbegreiflich ist es, wie ein ganzes Gericht den Grundsatz aufstellen kann, daß eine Sentenz für den Kläger rechtskräftig seyn könne, und für den Beklagten nicht! Einen größern Widerspruch kann es nicht geben. Gesetzt den Fall, das kön. Landgericht hätte in der ersten Sentenz, anstatt uns den Beweis aufzulegen, die Beklagte in die Zahlung verurtheilt, und sie hätte ebenfalls dagegen appellirt, wir aber nicht; nun hätte dieses Urtheil für uns nach 60 Tagen die Rechtskraft beschritten und wir hätten auf den Vollzug des rechtskräftigen Urtheils andringen können? ein solches Absurdum folgt mit Consequenz aus der Ansicht des judicis 1^mae.

Wir haben zwar auf den Inhalt des Cod. jud. cap. 15. § 6. Nr. 6. hingewiesen; allein diese Stelle des Gesetzes scheint dem Unterrichter ganz unbekannt zu seyn, gleichwie sich derselbe in mehreren Puncten über die bestehenden Verordnungen hinwegsetzte.

Von dem Erkenntnisse hätte uns als den Klägern nach der bestehenden Verordnung sogleich bei der Publication, mithin am 21. Nov., das Original zugestellt werden sollen; allein man hielt selbes widerrechtlich bis zum 30. Dec., mit-

hin bis nach Ablauf des uns präfigirten Beweis-Termines zurück!

Wie hätten wir diesem interlocutorischen Urtheile Folge leisten, und den Beweis antreten können, ohne Kenntniß zu haben, daß und welcher Beweis von uns gefodert werde? ad impossibilia nulla datur obligatio. Sollte dem Landgerichte N. diese Rechtsregel ganz unbekannt seyn?

Warum umging judex a quo unsern Insinuations-Mandatar, dessen Bestimmung es ist, Termine vorzumerken, den Publicationen beizuwohnen u. dgl.? man insinuirte ihm weder das Vorladungs-Decret, noch berief man ihn am Publications-Tage brevi manu zur Commission! Darf denn ein Untergericht sich an gar keine Verordnung mehr halten? Die Gerichts-Ordnung schreibt im cap. 14. § 8. vor, man solle dem ausbleibenden Theile das Urtheil zusenden und sich die Lieferung bescheinen lassen, allein man setzt sich über alle Vorschriften dieser Art gänzlich hinweg.

Hätten wir je den Beweis-Termin versäumt, so hätte man unser Restitutions-Gesuch instruiren müssen, für unsere Abweisung hiemit konnte kein einziger Grund angeführt werden, weil es keinen gibt.

Daß wir aber den Termin nicht versäumten, geht wohl am entscheidensten daraus hervor, daß judex a quo selbst die Aufnahme unsers Beweises beschloß, Commission zur Urkunden-Production anberaumte und die Beklagte mit ihrer dagegen erhobenen Remonstration abwies.

Wie kann der Richter sich selbst reformiren und seine eignen Grundsätze verläugnen und mitten in der Instruction einen saltum machen und anstatt die Productions-Commission zu reassumiren, die Acten schließen?

Wir bitten daher:

Die Sentenz v. 16. Nov. 1825 aufzuheben, das kön. Landgericht N. in die Kosten zu verurtheilen und demselben aufzutragen, die Urkunden-Production zu verfügen.

§ 7.

Hierauf erkannte das kön. Appell.-Ger. für den *** Kreis unterm 11. März 1831 zu Recht;

daß der den Klägern durch Interlocut vom 23. Oct. publ. 21. Nov. 1829 auferlegte Beweis nicht als desert zu erklären, und daher das Beweisverfahren rechtlicher Ordnung einzuleiten und salva ulteriori appellatione zu erkennen sey.

Die Kosten erster Instanz bleiben ausgesetzt, die der zweiten sind zu compensiren.

Gründe:

1. Die Publicaton v. 21. Nov. 1829 war für den dazu richtig geladenen klagenden Theil an sich vollkommen wirksam, mithin lief auch der Beweis-Termin gleich dem Appellations-Fatale, obwohl ihm die Erkenntniß-Abschrift noch gar nicht zugekommen war, a die publicationis et non insinuationis Gerichts-Ordnung cap. 9. § 11. — cap. 14. § 8. 6to — die hier 7mo gegebene Vorschrift, der bei der Publication nicht erschienenen Parthei Abschrift ex officio mitzutheilen, ist weder sub poena nullitatis in Bezug auf die vorangegangene Publication gegeben, noch irgendwo mit einem Suspensiv-Effecte in Bezug auf die Wirkung des Erkenntnisses selbst versehen.

2. Daß hier die Abschrift nicht sogleich von Amtswegen, sondern erst auf Verlangen und daß sie erst mehrere Tage nach schon ganz abgelaufenem Termine mitgetheilt wurde, kann bei der immer gegebenen Möglichkeit, durch Acten Einsicht zur Kenntniß der Sentenz zu gelangen, an dem Laufe und Ablaufe des Appellations-Fatales nichts ändern, würde dagegen, noch verstärkt durch den Umstand, daß die Insinuation jedesmal ordnungswidrig statt an den Insinuations-Mandatar durch die Post geschah, wohl einen triftigen Restitutionsgrund abgeben, wenn es dessen nur überhaupt bedürfte.

3. Dagegen war durch die vom beklagten Theile gegen das Beweis-Interlocut oder vielmehr den ihm vorangeschickten Präjudicial-Spruch über die Einlassung — eingelegte Be-

rufung alle Wirkung jenes Erkenntnisses suspendirt — und dieser Suspensiv-Effect mußte sich um so mehr auch auf den Gegentheil erstrecken und den für ihn laufenden Beweis-Termin gänzlich aufheben, als Ger.-Ordn. cap. 15. § 6. Nr. 6. dieses ausdrücklich verordnet und die Rechte beider Theile im Processe völlig gleich sind.

Die Kosten I. Instanz bleiben bis zum Definitiv-Erkenntnisse ausgesetzt, die Compensation jener der zweiten rechtfertigt sich nach Cod. jud. cap. 17. § 4. bei der Verschiedenheit der vorliegenden Erkenntnisse.

§ 8.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff die Beklagte am 24. Apr. 1831 im Wesentlichen folgende Revision:

Wie die Actenlage zeigt, so ist die gerichtliche Handlung der Verkündung des Beweis-Interlocuts vom 21. Nov. v. J. auf vollkommen giltige Weise vorgenommen worden, und diese Giltigkeit ist sowohl von den Appellanten selbst als auch von dem hohen Obergerichte als unbestreitbar anerkannt.

Dem Acte der Publication eines Beweis-Interlocuts kann und darf der Richter keine andere Wirkung beilegen, als welche die Gerichts-Ordnung bestimmt.

Der bayer. Judiciar-Codex setzt die Wirkung desselben für denjenigen, welchem der Beweis injungirt wird, mit Ausschließung jedes andern Effectes ausdrücklich darein, daß derselbe den ihm auferlegten Beweis innerhalb 30 Tagen entweder antreten oder gegen das Interlocut appelliren muß.

Geschieht innerhalb dieses Termines weder das Eine noch das Andere, so ist der Beweis ohne weiters und ohne alle Beschränkung desert.

Gerichts-Ordnung Cap. 15. § 9. Nr. 3. 4.

Hieraus dürfte sich wohl ohne Zweifel ergeben, daß der Beweis-Antritt nicht durch gegentheilige Berufung, sondern nur durch die Berufung oder Adhäsion des Beweisführers selbst suspendirt werden könne.

In dem vorliegenden Falle ist aber nicht von den Klägern, welchen der Beweis auferlegt war, sondern von mir

appellirt worden. Die Kläger ihrerseits haben sich der Beweis-Auflage durch unterlassene Appellation unterworfen und waren daher offenbar verbunden, denselben innerhalb des gesetzlichen Termines nachzukommen oder sich den Termin durch eine selbstständige Handlung, durch ein Gesuch um Verlängerung oder um Suspension des Beweis-Termines zu salviren. Allein sie haben keines von allem gethan, sondern ihre Beweisschrift erst lange nach Umfluß des Beweis-Termines, also verspätet eingereicht, welche Verspätung die Desertion des Beweises und die Verurtheilung des Beweisführers in die Hauptsache nothwendig zur Folge hat.

Ger.-Ordn. a. a. O.

Zwar bestimmt die Gerichts-Ordnung allerdings, daß der Streit durch die eingelegte Berufung des einen oder andern Theiles an den höhern Richter devolvirt werde, —

G.-O. cap. 16. § 9. Nr. 1.

daraus folgt jedoch nur so viel, daß der untere Richter keine processualische Handlung mehr vornehmen darf, welche nicht die Instruction des Berufungs-Verfahrens selbst betrifft, keineswegs aber, daß Appellat hiedurch von der Verbindlichkeit frei wäre, welche ihm judex a quo auferlegt, d. h. er muß den Beweis gerade in demselben Termine antreten, in welchem er dieß zu thun verbunden war, wenn der Gegentheil nicht appellirt hätte, der Richter aber darf die Beweisantretung so lange nicht instruiren, als die Bestättigung seiner Beweisauflage in appellatorio noch nicht erfolgt ist.

Das kön. Appell.-Ger. erklärt in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse vom 11. v. M., daß durch die eingelegte Berufung meinerseits alle Wirkung des erstrichterl. Beweis-Interlocuts suspendirt sey, und daß diese Suspension sich auch auf die Aufhebung des Beweis-Termines für den Gegner erstrecke, weil die Ger.-Ordn. cap. 11. § 6. Nr. 6. dieses ausdrücklich verordne und weil die Rechte beider Theile im Processe völlig gleich seyen.

In wie weit die eingelegte Berufung auch dem Gegner zu Guten komme, hat die Ger.-Ordn. deutlich genug bestimmt. Dieses zu Guten kommen besteht in nichts anderem als in

dem Rechte der Adhäsion und in dem Rechte diese Adhäsion selbst noch nach Umfluß des Appellations-Fatale anhängig zu machen.

Ger.-Ordn. cap. 15. § 9. Nr. 3.

Nirgends aber hat die Gerichts-Ordnung bestimmt, daß Appellat auch von der ihm in erster Instanz auferlegten Last des Beweis-Antrittes befreit sey, wenn er gegen diese Auflage nicht appellirt oder adhärirt hat.

Überdieß habe ich im vorliegenden Falle nicht eigentlich über die Beweis-Auflage, sondern über den 1. Punct des erstrichterl. Erkenntnisses vom 23. Oct. 1829 appellirt, die Kläger aber haben weder appellirt noch adhärirt, für sie ist also das erwähnte Erkenntniß in rem judicatam übergegangen.

Gerichts-Ordn. a. a. O. u. Anm. lit. c.

Eben so wenig finde ich in der Gerichts-Ordnung ausgesprochen, daß das Erkenntniß 1mae für den Appellaten gar keine Wirkung habe, während doch die G.-O. ausdrücklich nur von der Suspension der richterlichen Thätigkeit spricht, Ger.-Ordn. cap. 15. § 9. Nr. 2. in concreto also von der Suspension der Verfügung auf den Beweis-Antritt des Appellaten.

Die vom Richter angezogene Stelle im Judiciar-Coder cap. 15. § 6. Nr. 6. spricht auf das Deutlichste nur von dem Falle, wenn Derjenige appellirt, welchem der Beweis injungirt worden ist, der freilich den ihm vom judex a quo auferlegten Beweis nicht antreten kann, so lange auf seine Berufung gegen die Beweisauflage noch nicht entschieden ist, weil ein solcher Beweis-Antritt gesetzlich als Renunciation auf die Berufung angesehen werden müßte.

Ger.-Ordn. cap. 15. § 10. Nr. 2.

Gegen die Ansicht aber, daß der Beweis-Termin für die Kläger schon deßwegen suspendirt sey, weil die Rechte der Partheien im Processe völlig gleich sind, muß ich mich sowohl hinsichtlich der Gesetzlichkeit dieses juristischen Proverbii, als auch hinsichtlich seiner Anwendbarkeit auf den gegenwärtigen Fall feierlichst verwahren.

Daß die Rechte der Partheien im bayer. Civilprocesse nicht durchgängig gleich sind, dürfte sich aus mehreren Stellen klar genug ergeben, wovon ich beispielsweise nur die Bestimmungen hinsichtlich der Zeugen-Verhöre zum ewigen Gedächtniß, der Bedingungen des Editionsprocesses, die Bestimmungen über den Vorzug bei Eidesleistungen in zweifelhaften Fällen, die Unstatthaftigkeit einer Revisions-Nebenverantwortung ꝛc. angeführt haben will.

Allein, wenn auch der Grundsatz richtig wäre, so dürfte auch die Anwendbarkeit desselben auf den vorliegenden Fall zu bezweifeln seyn, da, auch abgesehen von Ger.-Ordn. cap. 15. § 10. Nr. 2., den Klägern, wenn sie ohne alle Thätigkeit ihrerseits, lediglich durch die Appellation des Gegners von dem Beweisantritt vorläufig befreit wären, ein Vortheil zugienge, den sie weder nachgesucht noch erwartet haben, während ich genöthigt war, vor dem Vollzug des Erkenntnisses mich durch rechtzeitige Ergreifung der Appellation zu schützen.

Die Suspension des Beweisantrittes auf Seite der weder appellirenden noch adhärirenden Kläger würde daher nichts weniger als auf einer Gleichheit der Rechte, sondern vielmehr auf einer ungleichen Bevorrechtung der Kläger ganz gegen den Geist der bayerischen Gerichts-Ordnung gegründet seyn.

§ 9.

In seinem hierauf erfolgten Erkenntnisse vom 24. Aug. 1833 ging das kön. Oberapp.-Ger. auf das materielle dieser Rechtsfrage leider nicht ein, indem es das appellationsger. Erkenntniß lediglich als einen einfachen Zwischenbescheid, und mithin die dagegen eingelegte Revision nur als Verwahrung betrachtete.

Es wäre mir sehr erwünscht, über diesen Streitpunct einen oberstrichterl. Ausspruch als Beitrag in meine gegenwärtige Sammlung zu erhalten.

Anm. d. Herausgebers.

Fatale.

Seine königliche Majestät.

Die Appellation muß jedenfalls, und zwar sub poena desertionis bei dem Richter 1ster Instanz innerhalb der Fatalien eingereicht werden.

Lassen dem Pet. Hammer u. Cons., Großbegüterten in Zelterndorf, auf die in Sachen derselben gegen Ant. Karl u. Cons., Neuhäusler daselbst, wegen Eigenthums-Ansprüche bei der Gemeinde-Gründe-Vertheilung eingereichte Revisions-Rechnung aus dem Grunde die Abweisung bedeuten, weil die gegen das Decret des königl. Land-Ger. Kötzting vom 20. Febr. 1833 an das königl. App.-Ger. f. d. U.-D.-Kr. sub praes. 27. May 1833 ergriffene Berufung desert ist. Revidenten werden in die Kosten verurtheilt.

Entscheidungs-Gründe.

Die Berufung gegen das Decr. des kön. Land-Ger. Kötzting vom 20. Febr. 1833 wurde nicht bei der ersten Instanz, sondern unmittelbar bei dem kön. App.-Ger. eingereicht, und Advocat N. sagt in der sie begleitenden Eingabe de dato et praes. 27. May 1833

„da nach Kötzting nur sehr selten Gelegenheit zur Zusendung sich ergebe, und selbst die Post nur zweimal in der Woche abgehe, die Aufgabe am künftigen Donnerstage i. e. morgen, den Termin schon verspäten würde, so unterfange er sich ad salvandum fatale appellationis, gegenwärtige Berufungs-Schrift mit der Bitte unmittelbar zu überreichen, solche auf seine Kosten dem Land-Gerichte zur geeigneten Verfügung mitzutheilen.“

Der § 23. der Novelle vom 27. Juli 1819 lautet aber:

„Innerhalb dieses (§ 22. festgesetzten) Termines muß der Appellant unter Strafe der Desertion die Appellations-Schrift an den höheren Richter bei dem Gerichte erster Instanz übergeben.“ Die Strafe der

Desertion bezieht sich also nicht bloß auf den Termin, sondern auch auf die Einreichung in erster Instanz.

V. Gönner sagt in seinem Commentare über obige Verordnung Seite 352 Nr. 4. ohne weitere Erläuterung: „Die Appellation wird allemal bei dem Gerichte erster Instanz angebracht, nicht bei dem Gerichte zweiter Instanz, wenn auch von dessen Urtheile an die dritte Instanz appellirt wird.“ Er läßt es Seite 361 Nr. 8. nur dem Appellanten unbenommen, dem Oberrichter Anzeige von der ergriffenen Appellation zu machen.

Zwar enthält Cod. jud. cap. 15. § 6. Nr. 3. die Bestimmung, daß, wenn die Appellation aus Verstoß bei der höheren Obrigkeit mit Überspringung der mittleren und nächsten Instanz, jedoch noch erweislicher Massen in tempore eingereicht worden, zwar dieselbe an seine Behörde remittirt werden, die Fatalien aber dadurch gleichwohl salvirt werden sollen. Allein diese Verfügung bezog sich auf das damalige Gesetz, nach welchem die Berufungen bei dem Judici ad quem eingereicht werden mußten. — Dieses Gesetz ist aber durch ein neueres aufgehoben. Dann spricht dieses ältere Gesetz selbst nur von dem Falle, wenn die unrichtige Übergabe aus Verstoß geschehen ist, das nach der eigenen Erklärung des Advokaten N. der Fall nicht war, und die Anmerkungen zu diesem Gesetze sagen sub lit. C.: „Hienächst wird auch erfordert, daß es nicht studio vel dolo, sondern aus Verstoß geschehen sey, sonst ist die Causa desert. Nebst dem muß die Appellation in tempore, d. i. intra fatalia, höheren Orten übergeben worden seyn; denn sonst wäre wohl kein leichteres Mittel, den Lapsum fatalium zu salviren, als daß man sich ad superiorem wendet.“

Da nun nach Cod. jud. cap. 15. §11. Nr. 1. der Richter bei Entscheidung der Appellations-Streitigkeiten zuvörderst die Formalia processus sowohl bei selbiger als voriger Instanz ansehen, und wenn ein offenbarer Mangel daran befunden

wird, die Causam mit Übergehung der Hauptsache von Amts-wegen sofort pro deserta vel non devoluta erklären muß, und nach loc. cit. § 12. zwischen der Appellation und Revision kein Unterschied, sondern sowohl der Fatalien wegen, als sonst, eine durchgängige Gleichheit seyn soll, so mußte, wie geschehen, erkannt, und nach Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 2. dem Revidenten die Kosten auferlegt werden.

München, den 6. Mai 1834.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden, Präsident

Secr. Fränkl.

Rechtsfall XI.

Einen Competenz-Conflict betreffend.

§ 1.

Am 12. Febr. 1829 stellten die Mitglieder des s. g. St. Michael-Conciliums zu D. gegen den kön. Stiftungs-Fiscus des ***Kreises folgende Spolien-Klage:

In der Stadt D. bildete sich vor geraumen Jahren eine Privat-Gesellschaft, bestehend aus zwölf Mitgliedern, welche man das St. Michaels-Concilium nannte, weil dieser Gesellschaft auch das Recht zustand, auf das St. Michaels-Beneficium zu präsentiren. — Die Gesellschaft ergänzte sich in der

Art aus ihrer eigenen Mitte, daß bei dem Tode eines der Mitglieder die übrigen ein neues sich nach Belieben wählten. — Der Gewählte rechnete sich die auf ihn gefallene Wahl immer zur besonderen Auszeichnung und pflegte deßwegen der Gesellschaft ein Ehrengeschenk von zwei bis sechs Ducaten zu machen, für welche Summe sodann die Gesellschaft ein gemeinschaftliches Gastmahl einnahm. —

Erst im Jahre 1742, wo die Stadt D. das Unglück hatte, vom feindlichen Heere belagert nnd abgebraunt zu werden, entschloß sich die genannte Gesellschaft, diese Geschenke zu einem Capital zu sammeln, und dieses an Hilfsbedürftige nach ihrer Überzeugung zu geringen Zinsen zu verleihen oder zu verschenken. — Ungestört ließ man diese Gesellschaft über das von ihr bis zum Jahre 1806, durch diese Geschenke, durch die sonst von den Mitgliedern freiwillig geschehenen Zuschüsse ꝛc. zusammengebrachte Capital von zwölfhundert Gulden, über dessen Verwendung sie Niemand Anderem als sich selbst Rechenschaft schuldig war, schalten. — Im Jahre 1806, wo jedoch nur Stiftungen einer allgemeinen kön. Administration unterstellt werden sollten, — drang der damals nach D. abgeordnete Extraditions-Commissair darauf, daß auch die Privatgesellschaft St. Michaels-Concilii ihm ihre Rechnungen, sonstige Papiere und Gelder aushändige. — In jener aufgeregten Zeit war alle Erklärung und jede Protestation der Mitglieder des St. Michaels-Concilii gegen diese eigenmächtigen Eingriffe in ihre Privatrechte fruchtlos, sie mußten dasjenige, was ihr Privat-Eigenthum war, einer kön. Administration unterstellen lassen, und konnten nichts thun als gegen ein solches Verfahren protestiren und ihre Rechte einer ruhigern Zeit vorbehalten. —

Diese ruhigere Zeit kehrte aber erst spät wieder, denn erst im Jahre 1818 wurde die allgemeine kön. Stiftungs-Administration aufgelöst, und so gelangten die Mitglieder des St. Michaels-Concilii mit Ausnahme der vom Jahre 1806 — 1818 entbehrten Zinsen ihres Capitals, auch wieder zu dem Ihrigen. —

Man könnte dadurch wohl auf den Gedanken gebracht werden, die kön. Regierung habe unser Privatvermögen auch jetzt wieder unrichtig als ein Stiftungs-Vermögen angesehen; allein es widerlegt sich diese Annahme daraus, daß vom Jahre 1818 — 1823 die Gesellschaft des St. Michaels-Concilii wiewieder nach ihrer eigenen Überzeugung mit ihrem Gelde Wohlthaten spendete und Niemanden hierüber Rechenschaft gab, als ihren zeitigen Mitgliedern, ohne daß die kön. Regierung oder eine sonstige Behörde sich irgend einmischte. —

Erst im Jahre 1823 erging ganz unerwartet wieder die Aufforderung an uns, die Rechnungen des St. Michaels-Concilii dahier der obersten kön. Stiftungs-Curatel vorzulegen. Unsere wiederholten Remonstrationen und Vorstellungen dagegen waren abermals ohne Erfolg, ein Befehl erging nach dem andern, sogar mit Androhung von Zwangsmaßregeln und am 18. April 1825 verfügte sich das kön. Landgericht L. nach D., ließ uns Mitglieder zusammenberufen, und verlas einen kön. Regierungsbefehl des summarischen Inhalts, ob die Mitglieder des Michaels-Concilii die fraglichen Rechnungen extradiren, oder außerdem die weitern Folgen gewärtigen wollten. — Wir mußten nun zum zweiten Male der höhern Macht weichen, protestirten abermals gegen die Annahme, als sey das Michaels-Concilii etwas Anderes als eine bloße Privatgesellschaft, und hofften, man werde uns wieder in den widerrechtlich entzogenen Besitz einsetzen. — Aber wir hatten uns dießmal in unsern Erwartungen getäuscht. — Am 25. April dess. J. ging uns durch das kön. Landgericht L. die unerwartete Nachricht zu, man habe die von uns abgefoderten Vermögens-Verwaltungs-Rechnungen und andere Papiere dem hiesigen Magistrate zur geeigneten Verfügung zu übergeben. — Wir wendeten uns in einer allerehrfurchtsvollsten Vorstellung an das königl. Staats-Ministerium des Innern, fanden aber auch hier keinen Schutz, und wir sehen uns daher fortwährend außer dem Besitz des uns allein angehörenden Privatvermögens und der darauf Bezug habenden Papiere, obgleich selbst der Magistrat D. in seinem Berichte an das kön. Landgericht L. vom 19. Oct. 1824 sagt, unser frag-

liches Vermögen sey kein Stiftungs=, sondern ein Privatvermögen unserer Gesellschaft, und obgleich selbst die kön. Regierung in ihrer höchsten Entschließung vom 19. Mai 1824 anerkannt hat, die vorgelegten Papiere beweisen weder für ein Privat= noch für ein Stiftungs=Vermögen, und das Letztere müßte doch aus Stiftungs=Documenten erst nachgewiesen werden.

Da uns nun zur Wiedererlangung des durch eigenmächtiges Verfahren der kön. obersten Stiftungs=Curatel entzogenen Besitzes auf administrativem Wege kein Mittel mehr offen steht, so sehen wir uns genöthigt den Rechtsweg zu ergreifen und an das kön. Appell.=Ger. die Bitte zu stellen, instructa causa den kön. Stiftungs=Fiscus für schuldig zu erklären, daß derselbe uns in den Besitz des eigenmächtig entzogenen Vermögens und der darauf Bezug habenden Papiere wieder einzusetzen habe. —

§ 2.

Diese Klage wurde dem kön. Kreis=Fiscale mit dem Auftrage mitgetheilt, termino 30 Tagen die Exception abzugeben. Unterm 4. März 1829 erließ jedoch die kön. Regierung des *** Kreises, K. d. J., an das kön. Appell.=Ger. desselben Kreises folgendes Schreiben:

§ 3.

Die nähere Recherche über die Natur und den Zweck der zu D. bestehenden St. Michaels=Bruderschaft gab die Veranlassung zu der hier in Abschrift mitfolgenden am 26. Jänner 1825 an das königl. Landgericht L. erlassenen Entschließung, welche auf erhobene Beschwerde vom kön. Staats=Ministerium des Innern, wie die Klags=Beilage bewährt, am 22. Mai 1826 bestättiget wurde.

Diese Verfügungen sind offenbar lediglich Ausflüsse der den obern und obersten Verwaltungsstellen übertragenen Oberaufsicht, die nichts anderes als die geregelte und pflichtmäßige Verwendung des Stiftungs=Vermögens, so wie die Beseitigung jedes durch die Verwaltung zugehenden Nachtheils be=

absichtigt, Verfügungen einer reinen Regierungs-Gewalt, welche ohne Beeinträchtigung der Verwaltungs-Sphäre, ohne Verwirrung der Competenz-Linie, der Judicatur der Civilgerichte nicht unterstellt werden können.

Die Regierung als Obercuratel handelte hier nicht aus Privat-, sondern aus höheren allgemeinen Staats-Rücksichten in Folge der ihr obliegenden Amtspflichten, und ist, so lange sie innerhalb der ihr zugewiesenen Competenz handelt, in ihren Regiminal-Handlungen unabhängig von den Gerichten. Ob dieselbe aber ihre Competenz überschritten, ressortirt zu den ihr zunächst vorgesetzten Stellen. —

Eben deßhalb bedarf sie auch keines Vertreters ihrer Amts-Handlungen vor den Gerichten, das Finanz-Fiscalat ist wie sein Name und seine Stellung bewährt, hiezu weder verpflichtet noch berechtiget, sondern vertritt nur das Finanz-Ärar in Privat-Rechtssachen; daß die obere und oberste Regierungs-Gewalt in den einzelnen Theilen ihres Wirkens vor den Gerichten Recht nehme, ist verfassungsgemäß nirgends ausgesprochen.

Wir geben uns der Überzeugung hin, das kön. Appell.-Gericht werde bei den im gegebenen Falle obwaltenden Verhältnissen unsere Ansicht theilen, und die von der St. Michaels-Bruderschaft ad fiscum eingereichte Klage ex defectu competentiae zurückweisen, oder wenigstens bis zur allenfallsig allerhöchsten Entscheidung nach Vorschrift der Verordnung vom 22. Juni 1813 Nr. 2. beruhen lassen.

Beilage.

Kammer des Innern.

P. den 26. Jän. 1825.

Im Namen ꝛc.

Da sich durch die vorgenommenen Recherchen bezeigt hat, daß die Michaels-Bruderschaft in D. mit einer eigenen Kapelle und mit einem eigenen Capitals-Vermögen versehen ist, von dessen letzteren Renten die Capelle in baulichem Stande auch unterhalten werden muß, daß gestiftete Jahresmessen be-

stehen, und von denen Capitals-Zinsen-Erträgnissen die Ausgaben auf Kirchen-Personal zu bezahlen sind, daß die befragliche Bruderschaft schon der vormalig bestandenen Stiftungs-Administration zur Verwaltung ausgeantwortet worden ist, daß die unterm 11. Aug. v. J. abgefoderten Stiftungs-Documente oder Urkunden, auf welche ein besonderes bestehendes Concilium formatum begründet werden könnte, nicht vorgelegt werden mögen, so kann solche Bruderschaft auch nach dem klaren Sinne der Verordnung vom 6. März 1817 § VI. nicht länger mehr in dem dermaligen Verwaltungsstand belassen werden, sondern es ist dieselbe durch das königl. Landgericht an den Magistrat in D. zur fernern Verwaltung vorschriftmäßig zu extradiren, welch letzterer alljährlich die Rechnung mit den übrigen Stiftungs-Rechnungen zur Prüfung anher einzusenden hat. — Hiernach wird das kön. Landgericht nunmehr von selbst das weitere Geeignete in Sachen zu verfügen wissen.

§ 4.

Hierauf erkannte das kön. Appell.-Ger. vom 18. März 1829 zu Recht:

daß das genannte Concilium mit der unterm 12. (praef. 15. Febr. l. J. eingereichten Klage abzuweisen sey, unter Verurtheilung desselben in die dadurch veranlaßten Kosten.

Gründe.

1. Das St. Michaels-Concilium zu D. belangt den kön. Stiftungs-Fiscus deßhalb mit der Spolienklage, weil die kön. Regierung des *** Kreises als Stiftungs-Curatel unter Genehmigung des kön. Staats-Ministeriums des Innern ihm die Verwaltung seines Vermögens abgenommen und dem Stadt-Magistrate in D. übertragen hat, indem die bezeichnete Gesellschaft behauptet, daß jenes Vermögen kein Stiftungs-, sondern ihr Privat-Vermögen sey, über welches der Stiftungs-Curatel keine Verfügung zustünde.

Allein, dieß auch als richtig vorausgesetzt, könnte deßhalb die actio spolii gegen die königl. Administrativ-Stellen nicht

statt haben; denn diese Klage setzt nach Cod. civ. p. 2. cap. 5. § 11. in princ. et nr. 1. dann in not. eine geschehene unrechtmäßige Gewalt, ein Verbrechen (delictum privatum) voraus; allein offenbar kann es keine unrechtmäßige, sohin offenbar ungerechte Gewalt genannt werden, wenn die Administrativ-Stellen als Curatel-Behörden der Stiftungen für ein Vermögen, das, wie die Kläger selbst gestehen, schon früher unter der Verwaltung der kön. allgemeinen Stiftungs-Administration gestanden hatte, und daher factisch als Stiftungs-Vermögen besteht, — eine Verwaltung angeordnet haben, und zwar um da weniger, als denselben im § 6. der Verordnung vom 6. März 1817 zur amtlichen Pflicht gemacht war, bei dem Aufhören der allgemeinen Stiftungs-Administrationen auch für die geeignete Verwaltung jener Stiftungen zu sorgen, welche zu Gunsten von Privaten oder Bruderschaften fundirt waren.

Vor die Schranken der Gerichte konnte daher nie ein angebliches Spolium, sondern nur die petitorische Frage gezogen werden, ob das befragliche Vermögen, wie das Concilium behauptet, lediglich Privat-Vermögen seiner Gesellschaft oder Stiftungs-Vermögen sey, welche Frage allerdings einen Justizgegenstand betreffen würde.

Aber auch in dieser Beziehung muß bereits aus dem eigenen Vorbringen der Kläger und den officielen Angaben in den Entschließungen der Administrativ-Stellen angenommen werden, daß das befragliche Vermögen nicht Privat-Eigenthum der damaligen Mitglieder des Michaelis-Conciliums, sondern Stiftungs-Vermögen sey: denn

a) schon an sich kann ein Vermögen, welches nicht bloß aus den Beiträgen der dermaligen Mitglieder, sondern auch durch Beiträge früherer Mitglieder seit einer Reihe von wenigstens 87 Jahren entstanden ist, welches zu bleibenden Zwecken des Cultus und der Wohlthätigkeit bestimmt ist, als zur Unterhaltung einer Capelle, Abhaltung gestifteter Jahresmessen, Unterstützung von Hilfsbedürftigen ꝛc. — offenbar nicht Privat-Eigenthum der jeweiligen Mitglieder der Gesellschaft seyn, es gehört nicht denselben zur beliebigen Disposition zu, son-

dern es gehört zu den angegebenen, fortdauernden Stiftungs-Zwecken, und ist daher Stiftungs-Vermögen.

b) Dieß hat auch das Concilium bereits selbst anerkannt, indem es sich von 1806 bis 1817 die Verwaltung des befraglichen Vermögens durch die königliche allgemeine Stiftungs-Administration gefallen ließ, ohne damals das als Stiftungs-Vermögen zu jener Administration gezogene Vermögen als sein Privat-Vermögen im Rechtswege zu reclamiren.

3. Unterliegt demnach ein Stiftungs-Vermögen, so ressortirt die Frage, ob die Verwaltung desselben dem Concilium entzogen, und dem Magistrate übertragen werden könne, und ob überhaupt das Concilium einen Einfluß der Curatel in die Verwaltung sich gefallen zu lassen habe, — nicht mehr zu den Justizgerichten; denn die Oberaufsicht auf Stiftungen steht nach allen bestehenden Gesetzen den Administrativ-Stellen zu, und für die Handlungen, welche bloß von dieser Aufsicht ausgehen, können sie nicht als Parthei vor Gericht belangt werden, insbesondere ist diesen Stellen in dem allegirten § 6. der Verordnung vom 6. März 1817 zur amtlichen Befugniß zugewiesen, in Ansehung solcher Stiftungen, wie die in Frage stehende ist, die vor dem 1. Oct. 1807 bestandene Verwaltung wieder herzustellen, oder nach Umständen eine andere durch die Magistrate ꝛc. anzuordnen. —

§ 5.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff das St. Michaels-Concilium die Berufung, worauf das kön. Oberappell.-Ger. am 8. Febr. 1830 zu Recht erkannte:

daß das von dem kön. Appell.-Ger. des *** Kreises am 18. März 1329 gefällte Erkenntniß als zu voreilig erlassen, aufzuheben sey, und das erwähnte kön. Appell.-Ger. vor allen den Ausgang des von der kön. Regierung des *** Kreises eingeleiteten Competenz-Conflictes abzuwarten habe.

Entscheidungs-Gründe.

Das kön. Appellat.-Ger. hat die von den Klägern pct. spolii gestellte Klage materiel abgewiesen; da jedoch der kön.

Fiscus auf die ihm zur Exception mitgetheilte Klage nicht die Einrede der mangelnden Competenz vorgebracht hat, sondern die königl. Regierung selbst die Competenz der Administrativ-Behörden in dieser Sache behauptet, und eventuel den Competenzconflict angeregt hat, so konnte das Appell.-Ger. nach der Verordnung vom 22. Juni 1813 zur Zeit noch kein materieles Erkenntniß fällen, sondern mußte, wenn es sich in irgend einer Hinsicht in dieser Sache für competent hielt — die Entscheidung hierüber von dem einschlägigen Ministerium resp. von dem kön. Staatsrathe abwarten. Da nun dieses nicht geschah, so mußte das gefällte Erkenntniß als zu voreilig erlassen, aufgehoben, und daher, wie geschehen erkannt werden.

§ 6.

Die Acten kamen nun zu dem kön. Staats-Ministerium der Justiz, welches am 23. Nov. 1830 folgendes Rescript erließ:

Dem kön. Appell.-Ger. wird auf den Bericht vom 29. Apr. die Klagsache des St. Michael-Conciliums betreffend, unter Rücksendung der Acten eröffnet, daß dasselbe seinen geäußerten Grundsatzen gemäß, wie schon geschehen, abermals zu erkennen habe, da das königl. Ober-Appell.-Ger. das Erkenntniß des kön. Appell.-Ger. nur deßhalb aufgehoben hat, weil es annahm, daß bei der einfachen Abweisung der Klage und Unterstellung von materielen Gründen, das Appell.-Ger. sich implicite als competent ausgesprochen habe.

§ 7.

Worauf das kön. Appell.-Ger. des * * * Kreises am 3. Dec. 1830 folgendes Decret erließ:

In Folge des Erkenntnisses des königl. Oberappell.-Ger. vom 8. Febr. l. J. und des Rescriptes des kön. Staats-Ministeriums der Justiz vom 23. praes. 25. Nov. l. J. wird dem St. Michaels-Concilium in D. mit der hierorts unterm 12. praes. 15. Febr. l J. gegen den kön. Stiftungs-Fiscus eingereichten Klage wiederholt die diesfei-

tige Abweisung bedeutet, weil in dem von der kön. Regierung des *** Kreises erhobenen Competenz-Conflicte der unterzeichnete Gerichtshof mit der genannten Administrativstelle in der Ansicht übereinstimmt, daß nach den bestehenden Verordnungen insbesondere nach § 6. der Verordnung vom 6. März 1817 den Justizgerichten eine Competenz zur Cognition in der Sache nicht zustehe, sondern dieselbe lediglich zu den Administrativ-Stellen ressortire.

§ 8.

Gegen das erwähnte Decret ergriff das St. Michaels-Concilium am 30. Dec. 1830 die Berufung zum kön. Ober-Appell.-Gerichte, dieses sendete jedoch die Acten am 1. Juni 1832 an das kön. Justiz-Ministerium, welches dieselben dem Ministerium des Innern mittheilte, von wo sie dem k. Staatsrathe zur Entscheidung des Competenz-Conflicts vorgelegt wurden.

Nachdem der kön. Staatsrath sich am 1. Mai 1833 dahin ausgesprochen hatte, daß die Civilgerichte competent seyen, erkannte das kön. Oberappell.-Gericht am 21. Mai ejusd. anni zu Recht:

daß in dieser Sache, so weit es sich um die Frage streitet, ob das Vermögen der Mitglieder des Conciliums die rechtliche Natur eines Stiftungs- oder Privat-Vermögens habe, die Competenz der Gerichte begründet sey.

Entscheidungs-Gründe.

Die Mitglieder des Conciliums behaupten, es sey der Fond desselben, dessen Administration ihnen durch die Verfügungen der Administrativ-Behörden entzogen wurde, ein ihnen eigenthümliches Privatvermögen, wogegen sich die erwähnten Behörden unter der angenommenen Voraussetzung, daß der Fond ein Stiftungs-Vermögen sey, zu administrativen Verfügungen hierüber für competent erklärten; allein, die Entscheidung der Frage, ob dieser Fond ein Privat- oder Stiftungs-Vermögen sey, beruht auf einem Privatrechtsverhält-

nisse, und steht daher nur den Civilgerichten zu, und die Competenz der Administrativbehörden zu Verfügungen über diesen Fond kann erst dann eintreten, wenn seine Eigenschaft als Stiftungs-Vermögen rechtskräftig erkannt ist. — Da nun auch die im Wege des eingeleiteten Competenzconflictes am 1. Mai d. J. erfolgte Staatsraths-Entschließung ausspricht, daß in dieser Sache — so weit es sich um die Frage streitet, ob das Vermögen dieser Gesellschaft die rechtliche Natur eines Stiftungs- oder Privat-Vermögens habe, — die Competenz der Civilgerichte begründet sey, so mußte, wie geschehen, — erkannt werden. —

§ 9.

Hierauf gab der kön. Fiscus zur Exception aufgefodert, folgende Erinnerung ab:

Die rubricirte Klage, welche die Frage zum Gegenstande hat, ob das Vermögen des St. Michaeli-Concilium die rechtliche Natur eines Privat- oder eines Stiftungs-Vermögens an sich trage, ist gegen den Stiftungs-Fiscus gerichtet. —

Da aber ein solcher, seitdem die unmittelbare Verwaltung des Stiftungs-Vermögens durch den Staat aufgehört hat, nicht mehr besteht, und den Fiscalaten die Vertretung des Interesses der Stiftungen vor Gericht nicht mehr obliegt, so kann man ohne seinen Wirkungskreis zu überschreiten, über die vorwürfige Klage keine Erinnerung abgeben, sondern muß dem klagenden Concilium überlassen, gegen dasjenige Rechtssubject aufzutreten, welches bei der Frage, ob das Vermögen des Conciliums Stiftungs-Vermögen sey, als rechtlich betheiligt erscheint, wobei man Verwahrung gegen jede Einlassung auf den Streit interponirt.

§ 10.

Nach gewechselter Gegen- und Schluß-Erinnerung erkannte sodann das kön. Appell.-Ger. am 12. Febr. 1834 zu Recht:

1. Der kön. Fiscus sey von der gegen ihn gestellten Klage vom 12. praef. 15. Febr. 1829 zu entbinden;

2. die Kläger haben die auf diesen Streit erlaufenen Kosten allein zu tragen.

Entscheidungs-Gründe.

Obschon auf den Grund der von den Mitgliedern des Michael-Conciliums gegen den kön. Stiftungs-Fiscus gestellten Klage durch das oberstrichterliche Erkenntniß vom 21. Mai 1833 festgestellt wurde, daß die Competenz der Gerichte zur Entscheidung der Frage über die rechtliche Natur des Vermögens des Michael-Conciliums als Stiftungs- oder Privatvermögens begründet sey, so ist hiedurch noch keineswegs ausgesprochen, daß der kön. Fiscus der Beklagte sey, sondern bloß, daß die petitorische Vorfrage einen Justiz-Gegenstand betrifft. Das kön. Fiscalat ist in keiner Hinsicht der rechte Beklagte; denn ihm liegt lediglich die Vertretung fiscalischer Gegenstände vor Gericht ob, ein fiscalischer Gegenstand ist aber derjenige, welcher ein Privatrechts-Verhältniß des Staates betrifft. —

Die Frage, ob das Vermögen des sogenannten Michaels-Conciliums Privat-Eigenthum der einzelnen Mitglieder oder Stiftungs-Eigenthum sey, bezieht sich auf kein solches Privat-Rechts-Verhältniß zwischen dem Staate und jenen Gesellschaftsgliedern, sondern zwischen der Stiftung und den Gesellschaftsgliedern, also liegt kein fiscalischer Gegenstand vor.

Als Beklagter kann nur der Vertreter der Stiftung erscheinen; diese Vertretung ist aber auch nach dem Staats-Organismus dem Fiscalate nicht zugewiesen; denn, da bereits durch die im Jahre 1817 am 6. März erlassene Verordnung über die Verwaltung des Stiftungs-Vermögens der Grundsatz ausgesprochen wurde, daß diese Verwaltung wieder an die Gemeinde zurückgehen soll, ihre Rechtsangelegenheiten nicht mehr durch Kronfiscale, sondern durch öffentliche Anwälte zu besorgen seyen, dieses Alles durch das Gemeinde-Edict vom 17. Mai 1818 § 103. 123. 128. und das Regulativ hiezu vom 24. Sept. 1818 §. 23. bestättigt wurde, so ist es klar, daß das Fiscalat, ohne besondere Ermächtigung der

Stiftungs-Verwaltung ihr Recht nicht vertreten kann und darf.

Der Anwalt der Kläger glaubt zwar, die kön. Regierung Kammer des Innern habe als allgemeine Stiftungs-Obercuratel die Rechte der Kläger verletzt, und deßhalb sey das Kreis-Fiscalat der richtige Beklagte; allein eine allgemeine Stiftungs-Obercuratel im Sinne des Klägers gibt es nicht, weil die Centralisirung des Stiftungs-Vermögens aufgehört hat, seit es wieder den Gemeinden ausgehändigt wurde. Die Obercuratel ist es immerhin nur für jede einzelne Stiftung. — Als Partei kann bloß die einzelne Stiftung, sie sey nun eine wirkliche oder angebliche, betrachtet werden; wer die Verwaltung des Stiftungs-Vermögens zu besorgen hat, dem liegt auch die Bestellung der Rechts-Vertheidigung ob. Die aus dem Oberaufsichts-Rechte der Regierung hervorgehenden Anordnungen müssen demnach, im Falle sie eine Rechts-Verletzung enthalten würden, von dem Vertreter der einzelnen Stiftung verfochten werden, weil diese unter Curatel stehende moralische Person das Rechts-Subject ist.

Nun steht entweder der kön. Regierung Kammer des Innern selbst die unmittelbare Leitung der Verwaltung des Stiftungs-Vermögens zu, z. B. bei Studienfonds, oder nicht. Im ersteren Falle wird die kön. Regierung Kammer des Innern einen besonderen Vertreter für die beklagte Stiftung aufstellen, im letzteren Falle ist der Vertreter der Stiftung in Rechts-Streiten im Gemeinde-Edicte vom 17. Mai 1818 und dem Regulativ hiezu vom 24. Sept. 1818 ohnehin genau bezeichnet. — Das kön. Fiscalat ist daher in keinem Falle der richtige Beklagte, und es muß demnach dem Kläger überlassen bleiben, den richtigen Beklagten zu benennen, indem der Ausdruck Stiftungs-Fiscus bei dem Umstande, daß nach den bestehenden Staats-Organismus kein Stiftungs-Fiscus mehr besteht, die Person des Beklagten nicht gehörig bezeichnet ist. Eben deßhalb haben auch die Kläger die auf die Verhandlung und Entscheidung dieser Sache erlaufenen Kosten allein zu tragen.

§ 11.

Dieses Erkenntniß wurde auf die von dem St. Michaels-Concilium ergriffene Berufung vom kön. Oberappell.-Gerichte aus denselben beigefügten Entscheidungs-Gründen am 13. Juli 1835 bestättigt.

22.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das königl. Appell.-Ger. für den ***Kreis in Sachen der vormaligen fürstl. ***'schen Kammerjungfer A. H., gegen das fürstl. Haus ***X. Pensionsforderung betr. andurch zu Recht:

Klägerin H. sey mit ihrer Klage vom 20. et praes. 23. Nov. v. J. angebrachtermassen zurückgewiesen, und in die Prozeßkosten zu verurtheilen.

V. R. W.

Gründe.

1. Die Klägerin hat in ihrer Klage den ganzen vom Fürstenhause vor ihrer Entlassung vom 1. Juni 1822 genossenen jährl. Besoldungs-Betrag, bestehend in 120 fl. im Gelde, und 87 fl. für freie Verpflegung, in Summa 207 fl. als eine ihr vermöge Anstellungs- und Übernahms-Decrets vom 22. Nov. 1810 und 3. Sept. 1818 lebenslänglich gebührenden Pension gegen dasselbe in Anspruch genommen, wonach auf eine decretmäßige Besoldung resp. Pension auf den Grund der vorgenannten beiden Anstellungs-Decrete geklagt.

2. Als aber das beklagte Haus in der Exception die Anstellungs-Decrete zwar anerkannte, aber den daraus abgeleiteten Anspruch negirte, hat die Klägerin in der Replik nun nicht mehr den vollen während ihrer Activität bezogenen Gehalt, auch nicht mehr auf den Grund ihrer Anstellungs-Decrete, sondern nur eine Pension im allgemeinen, aber aus einem andern, dreifachen alternativ gestellten, Klaggrunde begehrt, und zwar

a) aus einem von dem fürstl. Hause in einem solchen Falle stets beobachteten Herkommen also eine herkömmliche Pension; dann aus

b) dem Umstande, daß bei dem fürstl. Hause für dessen Diener die k. bayer. Staatsdiener-Pragmatik eingeführt sey; also eine pragmatische Pension, und dann

c) aus specielen von der verewigten Frau Fürstin getroffenen angeblich in deren Nachlaßverhandlungen vorhandenen Bestimmungen, nach welchen der Klägerin eine ihren Diensterträgnissen entsprechende Pension, also wieder nicht der volle Dienstesgehalt gesichert worden wäre.

3. Hiedurch hat nun aber die Klägerin nicht nur die libellirte Foderungsgröße, sondern auch, und zwar hauptsächlich, ihren ursprünglichen und einzigen Foderungsgrund, die decretmäßige Verwilligung nämlich, abgeändert, sonach die Klage im Hauptwerke erst in der Replik alterirt, ohne einen ganz neuen Klagelibell zu übergeben, und den Gegner seines vergeblichen Kostenaufwandes halber sofort, und vorgängig zu entschädigen.

Eine solche Libell-Mutation ist aber nach cap. 4. § 13. der G.-O. gesetzlich unzuläßig, und da übrigens das betr. fürstl. Haus diese Unzuläßigkeit in seiner Duplik ausdrücklich gerügt hat, so mußte auf Zurückweisung der Klage unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten, wie im Erkenntnisse geschehen, Proceß gesetzlich gesprochen werden.

18.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der A. H., Kammerjungfer in R., gegen das fürstl. Haus X. Pensionsfoderung betreffend, zu Recht:

daß die Klägerin mit ihrer Klage vom praes. 23. Nov. 1829 angebrachtermassen nicht zurückzuweisen sey, das kön. Appell.-Ger. sonach auf diese Klage und deren Verhandlung von erster Instanz wegen weiters zu erkennen habe, wie Rechtens ist. —

Die Kosten erster Instanz bleiben bis dahin ausgesetzt, und die auf die Berufung der Klägerin erlaufenen Kosten werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

§ 1.

A. H. hat ihren durch die erneuerte Klage ꝛc. 20. praes. 23. Nov. 1829 gegen das fürstl. Haus X. erhobenen Anspruch auf die Behauptung gegründet, daß ihr in Folge ihrer decretmäßigen und definitiven Anstellung als Kammerjungfer die Belassung ihres Geldgehaltes pr. 120 fl. und des Anschlages der freien Verpflegung pr. 87 fl. bis zu ihrem Lebens-Ende rechtlich gebühre.

§ 2.

Das beklagte fürstl. Haus hat in der am 12. Jän. 1830 überreichten Exception die der Klage zur Grundlage dienenden Urkunden dd. 22. Novemb. 1810 und 5. Sept. 1818 als richtig anerkannt, und eben so zugestanden, daß die Klägerin im Jahre 1822 mit Einziehung ihres Gehaltes entlassen worden sey, entgegnet wurde aber, daß die mit der Klage vorgelegten Urkunden weder eine gesetzliche noch eine vertragsmäßige Stabilität der Klägerin enthalten, daher die Befugniß des fürstl. Hauses, eine weibliche Domestiquin nach Belieben zu entlassen, nicht in Zweifel gezogen werden könne.

§ 3.

Hingegen hat die Klägerin in der Replik zwar angebracht, daß ihr Anstellungs-Decret allerdings nichts von Gesetz- oder vertragsmäßiger Stabilität ihres Dienstverhältnisses enthalte, aber eben so wenig von einer provisorischen Eigenschaft desselben, oder von einer dem fürstl. Hause vorenthaltenen Dien-

stesaufkündigung erwähne; allein die Klägerin hat ihre Klagsbehauptung, daß ihr aus ihrer decretmäßigen Anstellung als Kammerjungfer die Vortheile der Stabilität erwachsen seyen, keineswegs zurückgenommen, sondern sie suchte dieselbe gegen die Einrede des beklagten Theiles in der Replik nur noch mehr zu befestigen, indem sie neben der Schilderung der Wichtigkeit ihrer Dienste für das fürstl. Haus und der Rechtmäßigkeit ihrer Erwartungen zugleich in Vorstellung brachte, daß es bei dem fürstl. Hofe längst Herkommens war, daß alle jene Diener und Officianten höhern oder niederen Ranges, die gleich ihr decretmäßig angestellt betrachtet wurden, und wenn sie ohne ihr Verschulden außer Activität kamen, auch gebührende Pension erhielten.

Durch diese Bezugnahme auf ein Herkommen im fürstl. Hause hat die Klägerin die ursprüngliche Grundlage ihres Klagsanspruches nicht abgeändert, denn sie blieb fortgesetzt dabei stehen, daß sie nicht ohne Gehalt oder Pension entlassen werden konnte, weil ihre decretmäßige Anstellung die Stabilität mit sich gebracht habe, wie dieses sogar Herkommens gewesen sey.

§ 4.

Ebenso verhält es sich mit dem Repliksvorbringen, daß der Klagsanspruch auch deßhalb nicht bestritten werden könne, weil im fürstl. Hause die bayer. Staatsdienstpragmatik vom 1. Jän. 1805 auch für die Hofdienerschaft adoptirt worden sey.

Da die Berufung der Klägerin auf die gedachte Pragmatik ihr nichts nützen konnte, wenn sie nicht mit einem Anstellungsdecrete versehen wäre, weil der dienerschaftliche Stand der zu den Vortheilen der Pragmatik qualificiren soll, nach Art. I. der angeführten Verordnung vom 1. Jän. 1805 nur durch ein Anstellungsrescript erworben wird, so blieb dieses Repliksassertes ohngeachtet, welches in der Schlußerinnerung auch bereits widersprochen worden ist; die Grundlage der H.'schen Klage im Wesentlichen ganz unverändert, denn sie fodert Pension, weil sie dafürhält, daß ihre decretmäßige An-

stellung ihr dieses Recht gewähre, und die Behauptung, daß die bayer. Staatsdienstespragmatik von dem beklagten fürstl. Hause auch für seine Hofdienerschaft adoptirt worden sey, sollte nur dazu dienen, die Rechtmäßigkeit ihrer auf ihre decretmässige Anstellung gegründet werden wollenden Foderungen anschaulicher zu machen, wie sie alles dieses auch in der Appellationsschrift vom 26. Juni 1830 selbst einräumt.

§ 5.

Daß die Klägerin in ihrem Klagslibelle das Begehren stellte, das beklagte fürstl. Haus für schuldig zu erklären, ihr ihren Gehalt pr. 207 fl. lebenslänglich ausfolgen zu lassen, und die seit ihrer Entlassung verfallenen Rückstände nachzuzahlen, in der Replik hingegen von Auswerfung einer gebührenden Pension die Sprache ist, kann ebenfalls für eine Klags-Veränderung nicht angesehen werden. Denn eine Berichtigung an der Größe der Foderung ohne Mutation an der Thatgeschichte oder dem Klagsfundamente gehört lediglich zu den Verbesserungen der Klage (Krüll's Einleitung in die bayer. Civilgerichts-Ordnung § 182). Übrigens ist die Replik mit der Wiederholung der Klagspetiten geschlossen worden.

§ 6.

Endlich erhebt sich auch gegen die von erster Instanz wegen vorzukehrende Erlassung eines materielen Spruches auf die bereits verhandelte Klage kein Hinderniß aus dem Umstande, daß die Klägerin in der Replik zum Behufe der Nachweisung der Rechtmäßigkeit ihrer Foderung in vorläufige Andeutung brachte, daß in den Verlassenschafts-Acten der Fürstin ausdrückliche Bestimmungen enthalten seyen, wodurch ihr in Frage stehender Anspruch gesichert werde. Die Klägerin hat diese ihre Andeutung mit dem Beifügen verbunden, daß sie sich auf die erwähnten Verlassenschaftsverhandlungen, deren Beschaffenheit sie auch noch nicht deutlich bezeichnet hat, nur für den Fall Bedürfens beziehen wolle, wenn ihr Pensions-Anspruch trotz ihres Anstellungs-Decrets nicht für gehörig begründet gehalten werden sollte, woraus klar hervorgeht, daß sie nicht gesinnt war, hiemit ihr ursprüngliches

Klagsfundament der decretmäßigen ihrer Behauptung nach die Perpetuität gewährenden Anstellung aufzugeben, und gegen ein anderes zu vertauschen, welches sie noch nicht einmal gehörig zu substanziren vermochte.

§ 7.

In Anbetracht dieser Verhältnisse und mit Rücksicht auf die Anmerkungen zur bayer. Ger=O. cap. IV. § 13. lit. a., welche es selbst nicht für eine wahre Mutation und Hauptabänderung angesehen wissen wollen, wenn zwar an dem Grunde der Klage etwas geändert aber ein anderes gleichgültiges und auf den nämlichen Zweck gehendes Fundamentum agendi substituirt wird, kann in der Replication der Klägerin eine wirkliche mutatio libelli auf keine Weise gefunden werden, daher auch die von der vorigen Instanz angenommene rechtliche Veranlassung zum Ausspruche, daß die A. H. mit ihrer Klage angebrachtermassen zurückzuweisen sey, nicht vorlag.

Demnach war ihre hingegen ergriffene Appellations=Beschwerde vollkommen gerechtfertiget, und es mußte ihrer Berufungs=Bitte entsprechend oberstrichterlich erkannt werden, wie geschehen, mit Aussetzung der Kosten erster Instanz bis zum erfolgten materielen Erkenntnisse derselben.

München, den 9. Dec. 1835.

24.

Erkenntniß.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern ꝛc.

Erkennt das königl. Appell.=Ger. für den *** Kreis in Sachen der A. H., Kammerjungfer zu L., gegen das fürstl. Haus X., Pensionsfoderung betreffend hiemit zu Recht:

Daß das beklagte fürstl. Haus schuldig sey der Klägerin den ihr decretmäßig gebührenden Geldgehalt von ein=

hundert zwanzig Gulden jährlich verabfolgen zu lassen, auch derselben die vom 1. Juni 1822 bis 1. Juni 1829 eingeklagten, so wie die während des Processes weiters verfallenen Rückstände dieses Geldgehaltes zu bezahlen, und sämmtliche Proceßkosten allein zu tragen.

X. R. W.

Gründe.

I. A. H. hat in ihrer Klage vom 20. praes. 23. Nov. 1829 von dem fürstl. Hause X. den ganzen, vor ihrer Entlassung vom 1. Juni 1822 genossenen jährlichen Gehalt von 120 fl. in Geld und 87 fl. für freie Verpflegung, in Summa 207 fl. als eine ihr vermöge Anstellungs- und Übernahms-Decret vom 22. Nov. 1810 resp. 5. Sept. 1818 lebenslänglich gebührende Pension in Anspruch genommen, und diesen Anspruch in der Replik, wie in Folge oberstrichterlicher Entscheidung vom 9. Dec. 1835 anzunehmen ist, ohne Änderung des Klagsfundamentes ihrer decretmäßigen und definitiven Anstellung als Kammerjungfer, nur noch mehr dadurch zu befestigen gesucht, daß sie behauptet

1. es sey bei dem fürstl. Hause längst Herkommens gewesen, daß alle Diener und Officianten höhern oder niedern Ranges, die gleich ihr decretmäßig angestellt worden, stets als stabil angestellt betrachtet worden seyen, und wenn sie ohne ihr Verschulden außer Activität gekommen, auch gebührende Pension erhalten hätten; auch sey
2. im fürstl. Hause die bayerische Staatsdienstpragmatik vom 1. Jän. 1805 auch für die Hofdienerschaft adoptirt worden; und endlich seyen
3. in den Verlassenschaftsacten der Frau Fürstin ausdrückliche Bestimmungen enthalten, worauf ihr in Frage stehender Anspruch gesichert werde.

II. Das beklagte fürstl. Haus hat in der Exception die beiden der Klage zu Grund gelegten Urkunden vom 22. Nov. 1810 und 5. Sept. 1818 als richtig anerkannt; auch zugestanden, daß die Klägerin im Jahre 1822 mit Einziehung ihres

Gehaltes entlassen worden sey, und weder speciel noch generel widersprochen, daß diese Entlassung ohne Schuld der Klägerin erfolgt sey.

Entgegnet wurde, daß die erwähnten Urkunden weder eine gesetzliche, noch eine vertragsmäßige Stabilität der Klägerin aussprechen, daher die Befugniß des fürstl. Hauses einen weiblichen Domestiquen nach Belieben zu entlassen, nicht im Zweifel gezogen werden könne.

Endlich wurde bezüglich der von der Klägerin replicando zur Unterstützung ihres Klaggrundes aufgestellten Behauptungen, duplicando widersprochen, daß Diener ihrer Kathegorie stets nur mit einer Pension entlassen worden seyen, daß das fürstl. Haus für die Hofdienerschaft dieser Art, die bayer. Staatsdienerpragmatik adoptirt habe, und daß die Klägerin von der höchstsel. Frau Fürstin dem Herrn Fürsten als eine stabil angestellte Dienerin übergeben und als solche übernommen worden sey.

III. Es unterliegt bezüglich dem Verhältnisse standesherrlicher Diener nach § 64. des Edicts IV. zur Verfassungs-Urkunde keinem Zweifel, daß gesetzlich nur allein die für Justiz- und Policei- angestellten Beamten mit den kön. Staatsdienern in gleichem Dienstverhältnisse stehen, und insbesondere in Beziehung auf ihre Entlassung und Entsetzung nach gleichen Normen zu beurtheilen sind. Ohnehin würde die bereits im Jahre 1810 erfolgte Anstellung der Klägerin im Dienste des fürstl. Hauses keineswegs nach den Vorschriften des erst im Jahre 1818 erlassenen Edicts IV. zur Verfassungs-Urkunde rechtlich beurtheilt werden dürfen.

Allein auch schon die kön. Declaration vom 19. März (1807 Reg.-Bl. v. J. 1807 S. 465.) Lit. c. Nr. 8. hat lediglich die für die Justiz und Policei angestellten Beamten der Standesherren, bezüglich ihrer Entlassung und Entsetzung unter dieselben Gesetze gestellt, unter welchen dießfalls die unmittelbaren Staatsdiener jener Kathegorie stehen.

Dagegen können allerdings

IV. auch solche standesherrliche Diener, welche gesetzlich den unmittelbaren Beamten des öffentlichen Dienstes nicht

gleichgestellt sind, doch vertragsmäßig denselben bezüglich ihrer dienstlichen Verhältnisse gleichgestellt werden.

Es unterliegt schon im allgemeinen keinem Anstande, daß auch solche Individuen, zu derer dienstlichen Verrichtungen weder ein besonderer Kunstfleiß, noch eine eigenthümliche Geistesbildung gehören, die nur zu gemeinen Diensten berufen sind, und als Staatsdiener, Beamten des öffentlichen Dienstes im strengern Sinne, nicht zu betrachten sind, doch bezüglich der aus ihrem Dienstverhältnisse entspringenden Rechte mit wirklichen Staatsdienern auf ganz gleiche Linie gestellt werden können. Namentlich kann dieß bei jenen Individuen der Fall seyn, die bloß zu den häuslichen Diensten, welche bei einer Hofhaltung vorkommen, bestimmt sind,

v. Gönner, der Staatsdienst § 42. S. 119 und Einleitung S. 22. Nr. 2.

wohin ohne Zweifel die Dienst-Verrichtungen der Kammerjungfer des fürstl. Hauses gehören.

Auch steht insbesondere den Standesherren weder nach der königl. Declaration vom Jahre 1807 noch nach dem Edicte IV. zur Verfassungs-Urkunde vom J. 1818 ein Hinderniß entgegen, den zu ihrer Hofhaltung gehörigen Dienern vertragsmäßig aus freien Willen ganz dieselben Gehalts- und Pensions-Ansprüche einzuräumen, welche sie ihren Beamten im öffentlichen Dienste zu gewähren gesetzlich gehalten sind.

Daß dieses Verhältniß

V. bei der Aufnahme der Klägerin in die Dienste des beklagten fürstl. Hauses stattgehabt hat, geht aus dem, mit der Klage in Abschrift vorgelegten und als richtig anerkannten Erneuerungs- und Bestallungsdecrete vom 22. Nov. 1810 klar hervor.

Nach dem Inhalte dieses Decretes wurde Klägerin als Kammerjungfer der Prinzessinen des fürstl. Hauses förmlich angestellt, und ihr in dieser Eigenschaft außer der gewöhnlichen freien Verpflegung ein jährlicher Gehalt von 120 fl. ausgeworfen. Es liegt daher der Aufnahme der Klägerin in

die fürstl. Dienste ein wirklicher Anstellungsvertrag zu Grunde, der keineswegs nach den Grundsätzen eines bloßen Miethcontractes beurtheilt werden darf. Hätte es sich bloß darum gehandelt, die Klägerin unter das Gesinde des fürstl. Hauses aufzunehmen, mit ihr eine Dienstmiethe, einen Lohnvertrag abzuschließen, so würde es zur Bezeichnung der beiden stets widerruflichen Rechte bloß des Versprechens bestimmter Dienstleistungen gegen einen bestimmten Lohn bedürft haben. (Glück El. der Pandecten Th. 2. § 121. u. Th. 17. § 1044. S. 266. 267.)

Von einer Anstellung aber, von Auswerfung eines fixen Gehaltes würde keine Rede gewesen seyn. Am wenigsten aber würde der Klägerin, um sich als bloßer Dienstbote legitimiren zu können, ein förmliches Anstellungsdecret unter fürstl. Unterschrift und Beidrückung des fürstl. Insiegels ausgestellt worden seyn.

VI. Durch den vorliegenden Anstellungsvertrag, und das demselben entsprechende Anstellungsdecret, hat Klägerin, ohne daß es dießfalls einer besondern Erwähnung in dem Decrete bedürfte, ein fortwährendes Recht auf ihre übertragene Dienstleistung, und den damit verbundenen Gehalt erworben, welches Recht ihr nicht einseitig entzogen werden kann. Der ihr in solcher Art verliehene Dienerstand und Gehalt trägt die Natur der Perpetuität, der Stabilität; an sich, gerade in diesem wesentlichen Merkmale unterscheidet sich der Anstellungsvertrag von der bloßen Dienstmiethe.

Mit Unrecht behauptet daher excipiendo das beklagte fürstl. Haus, daß Klägerin, nachdem in den von ihr vorgelegten Documenten weder von gesetzlicher noch vertragsmäßiger Stabilität etwas enthalten sey, zu jederzeit nach Belieben habe entlassen werden können; dann duplicando, daß dieses Verhältniß überhaupt bezüglich aller Staatsdiener vor Einführung eines dieselben sichernden specielen Staatsgesetzes stattgefunden habe.

Sollen diejenigen Rechte, welche der Diener aus dem Anstellungsvertrage erhält, nur temporärer Natur seyn, und sollen sie ihnen einseitig entzogen werden können, so muß

diese Bestimmung ausdrücklich im Vertrage enthalten seyn.

J. M. Seuffert vom Verhältnisse des Staats und seiner Diener. Würzburg 1793. §. 76. vgl. mit § 23. hgg.

Eine solche Bestimmung ist aber in dem Anstellungsdecrete der Klägerin vom 22. Nov. 1810 nirgends enthalten, vielmehr wurde die Perpetuirlichkeit ihres hieraus erworbenen Rechtes, vermöge der gleichfalls recognoscirten Urkunde vom 5. Sept. 1818, von Seite des fürstl. Hauses ausdrücklich dadurch anerkannt, daß der damalige Herr Fürst mittelst Rescriptes vom 11. August 1818 den Gehalt des von dem vormaligen Witthumshofe förmlich übernommenen, sohin in die Dienste des fürstlichen Hauses getretenen Personales, namentlich auch der Kammerjungfer A. H. zur Zahlungsanweisung in der Art decretirte, daß die genannte Kammerjungfer vom 9. August 1817 an, von der fürstlichen General-Casse den fixen Gehalt von jährlich 120 fl., ferner vom fürstl. Hofmarschallamte die Mittagskost am Officiantentische, nebst Nachtkost und Biergeld im Anschlage von 87 fl. zu beziehen haben sollte, wo gleich bemerkt ist, daß der Betrag des fixen Gehaltes für die nach dem Jahre 1818 folgenden Jahre der Generalcasse zur Zahlung angewiesen worden sey.

Würde es sich bezüglich der Klägerin nur um Erneuerung oder Fortsetzung einer Dienstmiethe, eines Lohnvertrages (locatio conductio operarum) gehandelt haben; so würde es einer förmlichen Übernahme derselben in die Dienste des fürstl. Hauses einer Decretirung eines fixen, also ständigen Gehaltes, und der Überweisung derselben auf die Generalcasse für die folgenden Jahre, ohne allen Vorbehalt, ohne irgend eine Zeitbeschränkung weder bedurft, noch überhaupt eine decretmäßige Dienstbestellung dieser Art stattgefunden haben.

Es geht vielmehr aus der deßfalls vorgelegten Urkunde hervor, daß die unter dem Witthumshofe von obervormundschaftswegen — geschehene Anstellung der Klägerin als eine stabile anerkannt, deßhalb zur Sicherung ihrer perpetuirlichen

Rechte die frühere Dienstbestellung ausdrücklich erneuert und vorsorglich sogar die ihr nach dem ersten Anstellungsdecrete gebührende herkömmliche freie Verpflegung in einem bestimmten Geldanschlag gebracht worden ist, was alles zusammen nicht wohl eine andere Absicht entnehmen läßt, als daß Klägerin bezüglich ihrer definitiv regulirten Gehaltsverhältnisse den im vormaligen Fürstenthume angestellten Beamten des öffentlichen Dienstes gleichgestellt werden sollte.

Solche Beamten konnten aber auch vor den in einzelnen deutschen Staaten zur ausdrücklichen Sicherung ihrer staatsdienerlichen Rechte erlassenen specielen Gesetze in Bayern vor Erlassung der Dienstpragmatik vom Jahre 1805 keineswegs nach Willkühr entlassen werden. Ein Recht zu solcher beliebigen Entlassung stand den Regierungen weder nach der Grundverfassung der Staaten Deutschlands noch nach den Gesetzen des deutschen Reiches zu J. M. Seuffert, l. c. § 80.

Wenn auch bezüglich dieses Grundsatzes eine ganz gleichförmige Praxis bei den höchsten Reichsgerichten sich nicht gebildet hatte, und sowohl beim Reichshofrathe, als auch beim Kammergerichte, nach den damals herrschenden Rechtsansichten über die Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts von der Dienstmiethe auf das staatsdienerliche Verhältniß, angenommen zu werden schien, daß der Dienstvertrag aufgekündet werden könne, so wurden doch von beiden Reichsgerichten solche Diener des Staates, deren Entlassung ohne vorhergegangene Aufkündung erfolgt, und vom Reichskammergerichte wohl auch solche Diener, die aus nicht zu rechtfertigenden Gründen, aus Willkühr, entlassen, und in Nahrungslosigkeit versetzt worden war, kräftigst in ihrem Amte und ihrer Besoldung geschützt.

J. M. Seuffert, l. c. § 83.

Es konnte sohin

VII. Klägerin ihres Dienstes nicht willkührlich entlassen, es konnte ihr, gegen ihren Willen, und ohne rechtlichen Grund, die von ihr bekleidete Dienstesstelle, sammt der von ihr bezogenen Dienstbestallung durch einseitige Handlung des beklagten fürstl. Hauses nicht entzogen werden. Wenigst steht

derselben das wohl erworbene Recht zur Seite, von dem fürstl. Hause, welches seit dem J. 1822 ihre fernere Dienstleistung nicht mehr verlangt, vielmehr derselben sie enthoben hat, auf den Grund ihres Anstellungs- und Übernahmsdecretes den Fortbezug ihres Dienstgehaltes zu verlangen.

J. M. Seuffert, l. c. § 71. 74. und 75.
Von Gönner, l. c. § 110 Seite 276.

Jedoch kann sich der deßfallsige Anspruch der Klägerin nur allein auf ihren fixen Gehalt von jährlichen 120 fl. erstrecken; da nur dieser Theil ihrer Besoldung als den ihr verliehenen Dienstesstande unwiderruflich anfangend, ihren Nahrungsstand begründen, rechtlich zu betrachten ist, während die ihr in dem Anstellungsdecrete vom 22. Nov. 1810 zugesicherte freie Verpflegung, wofür erst in dem Übernahmsdecrete vom 5. Sept. 1818 ein Geldanschlag im Betrage von 87 fl. ausgeworfen wurden, lediglich als eine Folge der wirklichen Dienstesleistung, als ein Emolument der Dienstesfunction erscheint, und sonach mit der letztern hinwegfällt.

Von Gönner, l. c. § 33. Seite 144.

Da übrigens

VIII. der Anspruch der Klägerin auf den lebenslänglichen Fortbezug des ihr verliehenen fixen Geldgehaltes von 120 fl. schon aus dem Grunde des hiefür sprechenden Anstellungsvertrages rechtlich feststehet, so hat es hier darauf weiter nicht anzukommen, was Klägerin, ohne von jenem Klagsfundamente abzuweichen, nur zu dessen weitern Rechtfertigung replicando angeführt hat, indem sie auf ein bei dem fürstl. Hofe bestehendes Herkommen wegen Pensionirung decretmäßig angestellter Diener, ferner darauf sich berief, daß für die Hofdienerschaft des genannten fürstl. Hauses die bayer. Staatsdienstpragmatik adoptirt worden sey, und endlich auf die Verlassenschaftsacten der Frau Fürstin sich bezog, worin ebenfalls die für ihren Anspruch sprechenden Bestimmungen enhalten seyn sollen.

Ohnehin ist in letzterer Beziehung, wie schon die Entscheidungsgründe zu dem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 9. Dec. 1835 erläutern, die von der Klägerin gegebene An-

deutung viel zu allgemein, als daß deßfalls ihr Klagsanspruch für gehörig substanzirt erachtet werden könne.

Was aber das behauptete Herkommen, dann die behauptete Annahme der bayerischen Dienstpragmatik vom J. 1805 betrifft, die nach dem Vorbringen der Klägerin von dem Hrn. Fürsten nach der schon im J. 1810 erfolgten Anstellung derselben, für die Hofdienerschaft eingeführt worden seyn soll, so kann es bei dem vertragsmäßig begründeten Rechte der Klägerin eines Beweises jener zum eigentlichen Klagsfundamente nicht gewählten Behauptungen derselben keineswegs bedürfen. Vielmehr ist schon jetzt aus den bereits entwickelten Gründen,

IX. das beklagte fürstl. Haus für schuldig zu erachten der Klägerin den ihr decretmäßig gebührenden fixen Geldgehalt von 120 fl. jährlich verabfolgen zu lassen, auch derselben die vom 1. Juni 1822 eingeklagten, so wie die während des Processes weiters verfallenen Rückstände dieses Geldgehaltes zu bezahlen, und als sachfälliger Theil nach

Ger.-Ordn. c. 17. § 4.

sämmtliche Proceßkosten allein zu tragen.

Es war daher, wie geschehen, zu erkennen.

*** am 26. Febr. 1836.

25.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache der A. H. in L. gegen das fürstl. Haus X., wegen Gehaltsbezuges zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts des *** Kreises vom 26. Februar 1836 aus den demselben beigefügten Entscheidungs-Gründen, unter Verurtheilung des fürstl. Hauses in die Kosten dieser Instanz.

Dasselbe hat auch sechs Thaler Succumbenzgeld zu bezahlen.

München, den 2. Jän. 1837.

26.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Seb. W., und dessen Schwester, als Relicten des Joh. W., gewesenen Schaffners des Klosters Waldsassen Ökonomiegutes M., gegen den kön. Fiscus wegen Pensionsvergütung zu Recht:

daß der beklagte kön. Fiscus von der gegen ihn erhobenen Klage zu entbinden sey.

Die Kosten der beiden Instanzen werden compensirt.

Gründe:

Durch das rechtskräftige Interlocut vom 23. Febr. 1821 ist den Klägern der Beweis auferlegt worden, daß der Schaffnerdienst ihres Vaters ein ständiger oder lebenslänglicher Dienst gewesen sey, mithin ist lediglich zu prüfen, ob und wieferne die Kläger den ihnen auferlegten Beweis hergestellt haben? Diesen Beweis haben zwar die Kläger durch Urkunden und Zeugen inner der vorgesetzten Zeitfrist angetreten, allein weder die Urkunden noch die erhobenen Zeugen-Aussagen bewirken diesen Beweis; denn so viel die Urkunden betrifft, so bewähren

a) die kön. Generalcommissariats-Entschließung vom 24. März 1806, und die Rentamts-Signatur vom 22. Apr. 1812 weiter nichts, als daß dem Vater der Kläger anfangs 100 fl. zum einstweiligen Unterhaltungs-Beitrag verwilligt, und daß später dieser Unterhaltungs-Beitrag definitiv angewiesen worden ist.

b) Die Zeugnisse des Chrysost. L. sind bloße außergerichtliche Privatzeugnisse, welche eben so wenig einen gesetzlichen Beweis bewirken, als eine außergerichtliche unbeschworne Zeugen-Aussage.

c) Gleich unwirksam ist das Zeugniß des kön. Rentamts

W. vom 30. Aug. 1812; denn eines Theils gehört der Gegenstand, worüber dieses Zeugniß ausgefertigt worden ist, nicht zum Wirkungskreise des Rentamts, weßwegen es nicht als amtliches Zeugniß beurtheilt werden kann, andern Theils aber ist in diesem Zeugnisse für die Behauptung, daß die Schaffnersdienste bleibender Art waren, kein schließender Grund angegeben.

Von gleichem Gehalte sind auch die erhobenen Zeugen-Aussagen; denn nach Vorschrift der Ger.-Ordn. cap. 10. § 17. Nr. 3. ist es nicht genug, wenn ein Zeuge einen Thatumstand als wahr bestättiget, sondern die Aussage muß auch glaubhaft seyn, und nach den Anmerkungen zu dieser Gesetzstelle auf einer schließenden Ursache des Wissens beruhen, welches aber gegenwärtig nicht der Fall ist, indem keiner der vernommenen Zeugen aus eigenem Wissen bestättigen konnte, daß bei Aufnahme des Schaffners W., eine schriftliche oder mündliche Zusicherung der Ständigkeit des Dienstes geschehen sey.

Nur darauf sind die Aussagen der Zeugen gegründet, daß den Schaffnern die Heirathsverwilligung ertheilt wurde, und daß kein Schaffner des Dienstes entlassen wurde, wenn er sich nicht eines Vergehens schuldig gemacht hat; allein aus der ertheilten Heirathsverwilligung folgt streng rechtlich nichts weiters, als die Verbindlichkeit zur Alimentation, im Falle die Verehelichten außer Stand gesetzt würden, sich und ihre Familie selbst zu ernähren; und wenn kein Schaffner ohne Dazwischenkunft eines Vergehens des Dienstes entlassen wurde, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß die Entlassung rechtlich nicht geschehen dürfte.

Daraus geht nun klar hervor, daß die Zeugen ihre Aussagen auf Vorausseţungen und Vernunftschlüsse gründeten, welche die Diensteständigkeit, nicht unmittelbar und nothwendig zur Folge hatten, und da nach der Natur der Sache und nach den Anmerkungen zur angeführten Gesetzstelle lit. c. Nr. 4. es eins ist, wenn ein Zeuge gar keine, oder keine schließende und hinreichende Ursache anzugeben im Stande ist, können die erhobenen Zeugenaussagen die gesetzliche Beweiskraft nicht erlangen.

Bei dieser Actenlage mußte also wie geschehen, der kön. Fiscus von der Klage entbunden werden, die Kosten aber waren zu vergleichen, theils weil verschiedene Erkenntnisse erlassen worden sind, theils aber, weil der kön. Fiscus selbst erkannt hat, daß für den Kläger die Billigkeit das Wort spricht.

München, den 18. Juli 1823.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

27.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Ertheilen in Sachen des Jos. St., ehem. Gerichtsdieners zu W., gegen den kön. Fiscus, Vergütung des ganzen baaren Gehaltes betr., dem Beklagten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die hinsichtlich des Punctes der verweigerten Einlassung auf die Klage versäumte Berufungs-Nothfrist, und erkennen für Recht:

Die Gerichts-Diener eines Herrschafts-Gerichts gehören nicht in die Kategorie der Staatsdiener.

daß der kön. Fiscus von der wider ihn erhobenen Klage zu entledigen sey.

Mit Vergleichung der Kosten.

Gründe.

I. Die gebetene Restitution mußte in Gemäßheit des dem kön. Fiscus zustehenden Privilegiums der Minderjährigen, von kurzer Hand ertheilt werden.

II. Alles, was Fiscus vorgebracht hat, um die Befestigung des Krieges Rechtens abzuwenden, war nicht präjudizirlicher Natur, sondern konnte nur auf Zerstörung des Klaggrundes wirken.

III. Es war daher, nachdem der Beklagte kön. Fiscus eventuel den Streit befestiget hatte, nur das zu würdigen, was von ihm auch sonst der St.'schen Klage entgegengesetzt wurde, und in dieser Beziehung hat derselbe für sich:

1. als das Herrschaftsger. W. durch des Edict über die gutsherrl. Rechte vom 26. Mai 1818 § 33. aufgelöst wurde, war St. ein außer Function gekommener Gerichtsdiener eines vormaligen Herrschaftsgerichtes. Als solcher hatte er aber keinen Anspruch auf Pension.

Das organische Edict über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 16. Aug. 1812, in dessen Folge sich das Herrschafts-Gericht gebildet hatte, und in dessen Gemäßheit allein der Besitzer des Herrschaftsgerichts, Frhr. von J., das Dienstpersonal anstellen konnte und durfte, gibt § 157. nur den Herrschaftsrichtern Anspruch auf Perpetuität des Gehaltes, und auf Pensionirung ihrer Hinterlassenen, gestattet § 161. die Quiescirung der Herrschaftsrichter nur nach den für die unmittelbaren kön. Beamten bestehenden Verordnungen, bedinget jedoch den Civil-Adjuncten und Actuarien nicht gleiche Dienstvortheile, und man kann also nicht annehmen, daß dieses Edict vom Jahre 1812 für die Gerichtsdiener bessere Bedingnisse, als für die Civil-Adjuncten und Actuarien festgesetzt habe, und daß es dadurch, daß es der Gerichtsdiener nicht erwähnte, diese in ihren Rechten den Herrschaftsrichtern habe gleichstellen, und ihnen eine Perpetuität des Gehaltes und eine Pensionirung ihrer Hinterlassenen habe bedingen wollen.

2. Kam, was nicht zu bezweifeln ist, St. durch die Auflösung des Herrschaftsger. W. außer Function, hörte er also auf, activer Diener zu seyn, so kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß er diejenigen Rechte nicht für sich reclamiren kann, welche das Edict vom 26. Mai 1818 die Verhältnisse der Staatsdiener betr. denjenigen Staatsbeamten und öffentlichen Dienern zusagt, welche am gedachten 26. Mai 1818 noch in Dienstthätigkeit waren, und in derselben geblieben sind, oder künftig würden angestellt werden.

St. Ansprüche sind also auch nach diesem Edicte nicht zu bemessen.

3. Aber selbst, wenn dieses geschehen könnte, würde St. Klage nicht begründet erscheinen. Wäre W. ein Herrschafts-Gericht geblieben, und Frhr. v. J. hätte St. im Dienste behalten, so würde Letzterer doch nicht verlangen können, daß die Bestimmungen des Edicts von 1818 auf ihn angewendet werden; denn dieses darf nach dem klaren Inhalte des Edicts § 54. nur bei demjenigen Personale geschehen, welches mit den Functionen des Richteramtes bekleidet ist, und ein Gerichtsdiener ist kein Richter. Auch können § 61. nach der neuen Organisation der gutsherrlichen Gerichte selbst die Actuare nach des Gutsherrn Befinden entlassen werden.

4. Abgesehen davon, ob Frhr. v. J. bei der im J. 1814 geschehenen Bildung des Herrschaftsgerichtes den St. mit der Befugniß, auf Perpetuität Anspruch machen zu können, als Gerichtsdiener angestellt habe, oder nicht, hat

5. wenigstens der Staat nirgends zugesagt, daß er das durch Auflösung des Herrschaftsgerichts außer Function kommende Dienstpersonale übernehmen wolle; um desto weniger ist aber zu mißkennen, daß der Staat keine Obliegenheit habe, den Kläger St. durch Anweisung seines ganzen baaren Gehaltes dafür zu entschädigen, daß ihn Frhr. v. J. nicht auch bei dem nunmehrigen Patrimonialger. W. als Gerichtsdiener functioniren ließ.

Abgesehen auch weiters von der Frage, ob überhaupt der Staat den zum ordentlichen Dienst bei den nach § 12. gebildeten Herrschaftsgerichten angestellten Personale eine Entschädigung zugesagt habe, indem nach dem § 33. des Edicts über die gutsherrlichen Rechte vom J. 1818 nur den Gerichten eine Entschädigung vorbehalten wurde, bei welcher das gedachte Personale und andere erweisliche Kosten in Rücksicht genommen werden sollten, — abgesehen auch hievon hat wenigstens der Staat sich nirgends verbindlich gemacht, irgend einem Individuum dieses Dienstpersonals das in Folge des Edicts auf eine Perpetuität des fixen Gehalts keinen Anspruch hatte, diese Perpetuität des fixen Gehaltes, erst zu gewähren, und wenn

7. von Seite des Staates eine Verbindlichkeit anerkannt wurde, dem St. eine Gehalts-Entschädigung zuzusprechen, so kann letzterer deßwegen, daß ihm nicht mehr als 300 fl. zugewilliget wurden, sich um so weniger über Unbilligkeit beklagen, weil auf der einen Seite bei dieser Gehalts-Entschädigung nur darauf Rücksicht zu nehmen war, wieviel mehr Gehalt ein Herrschaftsgerichtsdiener zu W., dem Patrimonialgerichts-Diener gegenüber, billiger Weise fodern könne, und weil andererseits dadurch, daß das Herrschaftsgericht W. in die ehemaligen Verhältnisse eines Patrimonialgerichts II. Classe trat, der Staat nichts gewann, indem die bei weitem ergiebigsten Gefälle, die der nicht contentiosen Gerichtsbarkeit, dem Frhr. v. J., blieben, und nur die contentiose Gerichtsbarkeit dem Staate heimging, und der Staat kann

8. es nicht büßen, wenn der Gutsherr den St. nicht würdig fand, Patrimonialgerichtsdiener zu seyn, und aus diesem Dienste für sich und seine Famlie den benöthigten Unterhalt zu haben.

Daher denn der Klage nicht Statt gegeben werden konnte.

Die Kosten waren zu compensiren, da St. nicht ohne redliche Ursache geklagt hat.

München, den 26. März 1822.

Rechtsfall XII.

über

ein Depositum.

Mitgetheilt

von

Herrn Dr. Mündler,
königl. Advokaten zu Pfaffenhofen.

§ 1.

Einleitung.

Max und Bernhard A., Bierbrauers-Söhne von B., kön. Landger. J. wurden, da ihre Ältern frühzeitig starben, unter Curatel gesetzt.

Nach erfolgtem Ableben ihrer Vormünder stellte das kön. Ldg. J. am 11. März 1815 eine Rechnung über ihr älterliches Vermögen, welches bis dorthin in 725 fl. 45 kr. bestand und verzinslich auflag.

Als ein Theil desselben heimbezahlt wurde, lieh der kön. Landrichter P. in J., ohne die damals schon volljährigen Brüder A. um ihre Zustimmung zu fragen, dasselbe im Jahre 1819 an einen gewissen Weißgärber Ant. K.; welcher sich später insolvent erklärte und seine Gläubiger convociren ließ, die ein Dritttheil ihrer Foderungen verlieren sollten; wovon jedoch die Brüder A. nicht in Kenntniß gesetzt wurden.

Erst am 20. Aug. 1824, als sie ihr Vermögen bei dem kön. Landgerichte J. erheben wollten, wurden sie von diesem Stande der Sache in Kenntniß gesetzt und ihnen zugleich angezeigt, daß sie auch einen Theil ihres Vermögens bei der Verlassenschaft des inzwischen verstorbenen Landrichters P. in J. zu suchen hätten.

Da sich aber die Brüder A. weder an den Weißgärber Ant. K., noch an die Verlassenschaft des kön. Landrichters P. anweisen lassen wollten, indem ihr Vermögen baar ad depositum judiciale gebracht worden war, und also das kön. Ärar hiefür zu haften habe, so wendeten sie sich am 21. Aug. 1824 an die kön. Regierung, Kammer der Finanzen, mit der Bitte,

dem kön. Landg. J. aufzutragen, daß dieses eine vollständige Rechnung abzulegen, und ihnen zur Genehmigung vorzulegen habe, und daß ihnen sodann hienach ihr älterliches Vermögen ausgefolgt werde.

Da sie aber von der kön. Regierung theils an das kön. Kreis- u. Stadtgericht R., als Verlassenschafts-Behörde des Landrichters P., theils an die, mit Recherchirung des Landrichters P.'schen Depositen-Wesens angeordnete Commission gewiesen wurden; so wendeten sie sich am 22. Sept. 1824 mit ihrer Bitte zum kön. Finanz-Ministerium, und als dieses keine Entschließung erließ, stellte Max A. in seinem und seines Bruders Namen am 19. Juli 1825 bei dem kön. Appell.-Ger. nach vorgängiger Geschichtserzählung folgende

§ 2.

Klage.

Aus den Vormundschafts-Acten und den Depositen-Büchern des kön. Landger. J. erhellt sowohl, daß wir beide Brüder wegen Minderjährigkeit unter Vormundschaft gestellt wurden, als auch, daß jene Behörde nach dem Tode unserer Vormünder unser Vermögen ad depositum nahm, und hierüber nicht nur willkührlich verfügte, sondern hievon noch zu einer Zeit, als wir schon volljährig waren, neue Darlehen machte, welche bedeutende Verluste zur Folge hatten, anstatt uns dieses Vermögen zu extradiren oder andere Vormünder zu bestellen.

Dieses Verfahren und die uns aufgedrungene Protutela ist ungesetzlich, mithin der — in dessen Folge entstandene — Schaden ein Damnum injuria datum, um dessen Ersatz wir das kön. Staats-Ärar in Anspruch nehmen, weil selbes nach bekannten Gesetzen für die Handlungen der von dem Staate angestellten Beamten zu haften hat.

Nachdem uns noch keine förmliche Rechnung, welche wir hätten anerkennen können, zur Abgabe der Erinnerung vorgelegt wurde, so können wir zwar unser Guthaben noch nicht ganz genau angeben, und wollen es zur Zeit und bis nach erfolgter Rechnungs-Ablage bloß approximativ und salvo jure

auf 800 fl. an Capitalien ohne die hievon verfallenen Zinsen angeben; allein dieser Mangel einer genauen Bestimmung kann uns um so minder als ein Defect der Klage vorgeworfen werden, als unsere Petiten eben unter anderen auch auf die Rechnungs-Ablage gerichtet sind.

Ich bitte demnach, kön. Appell.-Ger. wolle erkennen, daß der kön. Fiscus schuldig sey, uns unser gesammtes älterliches Vermögen über Abzug der passirlichen und uns zur Anerkennung vorzulegenden Ausgaben-Posten baar herauszubezahlen, hierüber aber eine genaue Rechnung zu stellen, und uns alle Zinsen, usuras tam perceptas, quam percipiendas nach 5 Procent zu ersetzen, und alle Gerichts- und Proceß-Kosten allein zu tragen.

§ 3.

Exception
des königliches Fiscus.

Auf die Klage rubr. Betreffes verweigere ich die Streits-Einlassung, und opponire folgende Einreden:

1. Die Exceptio libelli inepti, und zwar aus dem Grunde, weil die Klage kein Quantum enthält

Cod. jud. cap. IV. § 7.

Die Beschönigung dieses Mangels durch den Grund, daß die Kläger wegen Abganges der Rechnung von Seite kön. Landg. J. das Quantum nicht angeben könnten, ist unhaltbar.

Den Klägern stand für alle Fälle frei, von dem königl. Landger. J. Auszüge aus dem Depositenbuche zu verlangen, und darnach das einzuklagende Quantum zu berechnen. Ohne specificirte Angabe der Posten, welche gefodert werden wollen, kann der Fiscus weder negativ, noch affirmativ litem contestiren, und das Petitum der Kläger, den Fiscus zur Rechnungs-Stellung vorerst anzuhalten, nach deren Resultat sie sodann ihre Foderungen normiren wollen, heißt offenbar nichts Anderes verlangen, als den Beweis des Quantum ihrer Foderung dem Beklagten auflegen.

Wenn die untere Vormundschafts-Behörde die Rechnungs-Stellung verweigert, so mag die Zuflucht zu einer Beschwerde bei dem Appell.-Ger. u. s. w. genommen werden; den kön. Fiscus zur Vornahme einer Amts-Handlung agendo zwingen wollen, welche einem Justiz-Amte obliegt, geht nicht an.

2. Die Kläger belangen den Fiscus zwar um ein angeblich verloren gegangenes Depositum, stellen aber nach ihrem eigenen ausdrücklichen Anbringen die Actio ex lege aquilia an.

Diese Klage setzt einen durch den Belangten selbst mit Unrecht zugefügten Schaden voraus.

L. 11. § 2. Dig. ad leg. aquil.

Nun hat aber nicht der kön. Fiscus, sondern, wenn das Vorbringen der Kläger wahr ist, Landrichter P. durch einen Exceß im Dienste ihnen den Schaden zugefügt. Der k. Fiscus ist daher der unrecht gewählte Beklagte.

Kläger werden zwar die Haftung des kön. Fiscus für die Handlungen seiner Beamten durch analoge Anwendung der Grundsätze über das Mandat begründen wollen. Allein von dieser Seite steht ihnen die Einwendung entgegen, daß Überschreitungen der Vollmacht per analogiam den Staat nicht verpflichten.

Cod. civ. P. IV. cap. 9. § 7. in Not. Nr. 2. lit. d.
Ibid. P. V. cap. 24. § 14. Leyser ad Pand. spec. 113. Nr. 1. et 2.

Die Klage ex lege aquilia muß auch aus dem Grunde zurückgewiesen werden, weil Kläger selbst Schuld daran waren, daß ihnen der angebliche Schaden zugefügt wurde.

L. 11. Dig. pr. ad leg. aquil. Schmid von gerichtlichen Klagen und Einreden § 1210.

Agendo wird erzählt, daß das Landger. J. das Darlehen an A. K. erst machte, als die Kläger schon volljährig waren. — Sie gestehen dadurch die culpa selbst ein, in welcher sie versirten, indem sie nach erlangter Volljährigkeit die Rechnungs-Stellung und Herausfoderung ihres Vermögens nicht verlangten.

Cod. civ. P. IV. cap. 1. § 20. Nr. 4.

3. Die Klage erscheint in zweifacher Hinsicht als verfrüht.

Die Kläger behaupten durch die Übernahme ihres Vermögens ad depositum von Seite des Landrichters P. beschädiget worden zu seyn. Da aber laut den appellationsgerichtl. Acten die Reinstellung des vom Landrichter P. geführten Depositen-Wesens noch gar nicht bewirkt werden konnte, so kann von einer jetzt schon existenten Beschädigung, worauf die Klage gebaut ist, noch keine Rede seyn.

Dasselbe ist der Fall mit dem dem Weißgärber K. dargeliehenen Capitale.

Wie die landg. K.'schen Debit-Acten ausweisen, ist das eigentliche Concurs-Verfahren noch gar nicht eingeleitet. Die im präparatorischen Verfahren durch die Mehrheit der Gläubiger gefaßten Beschlüsse können für die Gebrüder A. nicht bindend seyn, weil sie nach eigener Erzählung nie zu den Verhandlungen geladen wurden. Da überdieß actenmäßig die ganze K.'sche Masse nicht einmal noch veräußert ist, sonach aus dem zu hoffenden Erlöse die Kläger möglicherweise allerdings noch vollständig befriediget werden können, so können sie aus dem Grunde eines bereits jetzt schon erlittenen Schadens um so weniger klagen, als sie vorerst noch ihre Rechte in fraglicher Debitsache geltend zu machen haben.

Ich bitte um Abweisung der Kläger unter Verurtheilung derselben in alle Kosten.

§ 4.

Replik.

Die Verweigerung der Streits-Einlassung ist ganz grundlos, und deßwegen muß das königl. Fiscalat mit allen ihm etwa zur Seite stehenden Einreden präcludirt werden.

Das Landger. J. hat sich um die Verwaltung unseres Vermögens unbefugterweise angenommen, und ist daher nach dem allgemeinen Grundsatze, daß jeder Administrator fremden Vermögens hierüber Rechnung ablegen müsse, gesetzlich schuldig, diese Rechnung zu stellen, und den sich hienach ergebenden Betrag des gesammten Vermögens cum fructibus

perceptis et percipiendis herauszugeben. Der Gegenstand unserer Klage ist daher die Verbindlichkeit des Staats-Ärars, die ihm als Protutor obliegende Verbindlichkeit der Rechnungs-Ablage zu erfüllen, und das an sich gezogene Vermögen nach dem erst festzusetzenden Rechnungs-Betrage herauszugeben.

Diese Quaestio an ist rein rechtlicher Natur, während die dereinstige Festsetzung der Summe lediglich Administrativ-Gegenstand seyn wird; denn wenn wir die zu stellenden Rechnungen der Finanz-Behörden seiner Zeit nicht anerkennen würden, so geht der Appellations-Zug in Rechnungs-Sachen, als einem technischen Gegenstande, nicht an die Justiz-Stellen, sondern an den obersten Rechnungshof.

Wir verlangten daher in unserer Klage nicht den Ersatz einer bestimmten Summe, sondern wir baten um die Verurtheilung des kön. Fiscus in die Verbindlichkeit der Rechnungs-Ablage und des seinerzeitigen rechnungsmäßigen Ersatzes cum fructibus perceptis et percipiendis. Erst wenn die Quaestio an entschieden und die Rechnung abgelegt und anerkannt ist, wird sich zeigen, wie viel uns der kön. Fiscus zu ersetzen und heraus zu bezahlen habe.

Ist eine Schadenersatz-Klage zu verwerfen, wenn sie nicht das Quantum d. angesprochenen Ersatzes bestimmt?

Wenn wir nun zur Zeit noch auf keine bestimmte Geld-Summe, sondern um die Erfüllung anderer Verbindlichkeiten Klage gestellt haben, so ist es ganz ungeeignet, wenn das kön. Fiscalat behauptet, wir hätten schon in der Klage, was offenbar physisch unmöglich wäre, die seiner Zeit zum Ersatze treffende Summe specifisch angeben sollen; denn mit einem solchen Klage-Petitum hätten wir — als zu voreilig angebracht, allerdings abgewiesen werden müssen.

Die Belehrung, daß wir selbst die Depositen-Bücher hätten extrahiren und die Rechnung stellen können, führt uns nicht irre; und wir erinnern dagegen, daß nicht wir, sondern die Behörden oder der Staat, welcher sich in unsere Vermögens-Verwaltung einmischte, schuldig sey, uns Rechnung abzulegen. Hierauf dringen wir agendo, und auf ein Mehreres, als wir einklagten, braucht sich der Beklagte nicht ein-

zulassen, und es ist ein ganz besonderes Verfahren, wenn der Geklagte dem Kläger einen Rath geben will, was und wie viel er hätte einklagen sollen.

Wir haben die Verbindlichkeiten, in welche wir den kön. Fiscus verurtheilt wissen wollen, in der Klage genau und deutlich angegeben, und Jedermann, wer der deutschen Sprache kundig ist, kann aus unserer Klage klar ersehen, was und wie viel wir verlangen; was wir aber zur Zeit noch nicht Verlangen, dieses zu fodern kann uns das kön. Fiscalat nicht aufbürden.

Die Adnotationen zu der in der Exception allegirten Gesetzesstelle, Cod. jud. cap. 4. § 7. stellen die Verweigerung der Streits-Einlassung als höchst frivol dar; denn Klagen, welche eine Erbschaft, Vormundschaft oder Administration zum Gegenstande haben, können ihrer Natur nach auf eine bestimmte Summe nicht gerichtet seyn. Was hinderte den Vertreter des Fiscus, die Frage zu beantworten, ob er schuldig sey, über das durch seine Behörde verwaltete uns gehörige Vermögen Rechnung abzulegen, und uns den rechnungsmäßigen Betrag zu ersetzen? Nichts hinderte ihn hieran; denn er hat auch bereits wirklich und seiner angeblichen Verweigerung ungeachtet peremtorische Einreden vorgeschützt, und durch dieses Factum — verbo contrarium auf das vermeintliche Recht, die Litis-Contestation verweigern zu dürfen, so wie auf alle übrigen Einreden Verzicht geleistet.

Das kön. Fiscalat ist der Meinung, daß wir durch Anstellung einer Beschwerde zum kön. App.-Ger. unseren Zweck der Stellung einer Vormundschafts-Rechnung hätten erreichen können; allein diese Ansicht ist ganz unrichtig; denn unsere Ansprüche auf die Stellung einer Rechnung sind von unseren Ansprüchen auf Ersatz-Leistung ganz unzertrennlich, und es ist ein wesentlicher Unterschied schon in der Art der Rechnungs-Stellung selbst.

Das Landgericht ist nach seiner eigentlichen Stellung als Justiz-Behörde, in welcher Eigenschaft es dem Appellations-Hofe unterworfen ist, nicht schuldig, Rechnungen zu stellen, weil dieses nicht in seinem Wirkungskreise liegt; allein in

concreto hat das Landger. J. seinen Wirkungskreis überschritten, sich mit Agentie-Geschäften abgegeben, wozu es nie hätte angehalten werden können, und deßwegen würde eine Appellations-Beschwerde ganz fruchtlos gewesen seyn; denn eben weil ein Landger. an und für sich nicht schuldig ist, Rechnungen zu machen, hätten wir in dieser Beziehung auch den Antrag nicht stellen können, daß das Landgericht angehalten werden solle, Etwas zu thun, was nicht in seinem regelmäßigen Wirkungskreise liegt. Sobald eine Behörde ihren Wirkungskreis überschreitet, und Privatrechte verletzt, mithin gegen den Verletzten als Parthei erscheint, findet nicht mehr der gewöhnliche Instanzen-Zug Statt, sondern der Damnificat kann die Syndicats-Klage oder die Entschädigungs-Klage gegen den kön. Fiscus anstellen. Es ist demnach ganz falsch, daß wir den Richter zu einer Amts-Handlung zwingen wollen; denn als Richter hat derselbe nur die ihm anvertrauten Gelder aufzubewahren und dem Deponenten auf Verlangen zurück zu stellen, oder nach dessen Antrage zu verwenden. Wenn er aber willkührlich und gegen den Willen des Eigenthümers hierüber verfügt, so hat er dieses nicht als Richter, sondern als Privatperson gethan, für welche gleichwohl der Staat haften muß, da die in Frage stehende Beschädigung von dem Beamten nur in Folge seiner Eigenschaft als Beamter zugefügt werden konnte.

Die Behauptung, daß wir den Beweis des Quantums unserer Foderung dem Beklagten auflegen wollen, rechtfertiget die Verweigerung der Streites-Einlassung ebenfalls nicht, und ist bloß eine Folge des Bestrebens, den rechtlichen Stand-Punct der Sache zu verrücken oder verdrehen zu wollen.

Wir haben zur Zeit noch kein bestimmtes Quantum, sondern eine Verbindlichkeit des kön. Fiscus, nämlich zur Rechnungs-Stellung, eingeklagt. Sobald diese Verbindlichkeit des Fiscus rechtlich anerkannt ist, so ist es freilich die nothwendige Folge, daß das Quantum des Schadens-Ersatzes a parte fisci selbst bestimmt werden muß (vorbehaltlich der uns zur Seite stehenden Revisions-Erinnerungen); allein dieses liegt

in der Sache selbst und in dem Gesetze; denn das Gegentheil wäre wahrlich das offenbarste Unrecht.

Unsere Klage ist die Actio depositi et protutelae, wiewohl der Name zur Sache selbst Nichts beiträgt.

Erfoderniße der actio depositi et protutelae.

Die Fundamente derselben liegen in Cod. civ. P. IV. Cap. 2. § 7. Nro. 5 bis 12. incl. et in notis und in Cod. civ. P. I. Cap. 7. §§ 12. 16. 29 et 33.

Der kön. Landrichter P. empfing unser älterliches Vermögen nicht als ein Privatmann, sondern als Landrichter von J., und in dieser Eigenschaft muß der kön. Fiscus für die Handlungen seines Beamten haften.

Hierüber bestehen so viele gesetzliche Bestimmungen, und liegen so viele oberstrichterliche Präjudicien vor, daß uns das kön. Fiscalat nicht in den Irrwahn versetzen kann, als seyen ihm die gesetzlichen Vorschriften unbekannt, und die Einrede des unrecht gewählten Beklagten ist die augenfälligste Aufzüglichkeit. Die weitere Behauptung, daß wir in culpa versirten, weil wir nach erlangter Volljährigkeit unser Vermögen nicht herausfoderten, ist lediglich ein Beweis, wie weit man es in der Frivolität treiben könne, und daß man zu unserem Unglücke einen Proceß contra fiscum führen zu müssen, auch noch bitteren Spott fügt.

Der Einrede, daß wir die Klage zu früh angestellt haben, weil das Depositen-Wesen des Landrichters P. noch nicht bereiniget sey, setzen wir replicando entgegen, daß, wenn ein Landrichter die ihm obliegende heilige Pflicht der ordentlichen Führung des Depositen-Wesens so sehr vernachläßiget, daß die hiemit beauftragten gewandtesten Geschäfts-Männer in 6 1/4 Jahren nicht im Stande sind, diesen Augias-Stall zu reinigen, für keine Deponenten eine Verbindlichkeit bestehe, die ungewisse und unbekannte Zeit der Dauer dieser Bereinigung abzuwarten; denn so wie das Depositum nicht in natura vorhanden ist, und stündlich erholt werden kann, so ist das Amt in Unordnung gerathen, und die Haftungs-Verbindlichkeit des Staates für die von ihm angestellten Beamten begründet.

Es liegt nicht in dem freien Willen der Minderjährigen, sondern in der Nothwendigkeit des Gesetzes, daß Pupillen-Gelder bei Gericht erlegt werden müssen, und hierin liegt der Grund der Ersatz-Verbindlichkeit des Staates.

Überhaupt geschieht diese Deposition an das Amt als Persona mystica, und nicht an die zufällige Person des temporär dirigirenden Beamten.

Ob gegen den Weißgärber K. ein förmlicher Concurs oder nur ein einfaches Schulden-Wesen eingeleitet war, ist ganz indifferent; genug, daß derselbe kein Vermögen mehr besitzt, und wir bei ihm Nichts suchen können, noch wollen, weil die Unvorsichtigkeit, einem ganz überschuldeten Manne Pupillen-Gelder zu leihen, nicht uns zur Last fällt, daher wir auch diesen Rath, besagten K. auszuklagen, und hiedurch die Handlung des Landgerichtes J. tacite zu genehmigen, schlechterdings nicht zu befolgen Lust haben.

Indem wir alles nicht einzeln Widerlegte mit dem generelen Widerspruche abfertigen, bitten wir:

zu erkennen, daß Lis pro contestata habenda zu erachten, in der Hauptsache aber Fiscus regius unseren Klage-Petiten gemäß in Haupt- und Nebensache zu verurtheilen sey.

§ 5.

Duplik.

Den Klägern erwiedere ich auf ihre sogenannte Replik, daß fiscalische Behörden keinen Anstand nehmen, litem zu contestiren, wenn Kläger nur eine fehlerfreie Klage zu machen gelernt haben. Bis jetzt war aber eine Streitseinlassung nicht möglich. Kläger selbst finden, um ihr Klage-Werk replicando zu vertheidigen, nothwendig, bisher nie gehörte Rechts-Sätze aufzustellen; verwickeln sich in die auffallendsten Widersprüche, und arbeiten den fiscalischen Exceptionen selbst an die Hand. So wird das Staats-Ärar zum Protutor gemacht; bisher wußte man nur von einer den Gerichten zustehenden Obercuratel.

Ferner die Bestimmung des Quanti der zu ersetzenden Depositen wird den Administrativstellen zugewiesen.

Die Klage auf Ersatz-Leistung lassen Kläger anfangs ganz fallen, und behaupten, nur auf Rechnungs-Stellung sey Fiscus geklagt; jedoch wird gegen das Ende der Replik wieder behauptet, von der Klage auf Rechnungs-Stellung sey der Anspruch auf Ersatz unzertrennlich.

Der ganze Klagegrund wird aber unmittelbar darauf zerstört, indem Kläger sagen, das Landger. J. sey zur Rechnungsstellung gar nicht verbunden. Wenn dieses zugegeben wird, so ist es auch der als Mandant beklagte Fiscus nicht.

Kläger bejahen ferner die fiscalische Exceptio, daß Landrichter P. durch Überschreitung seiner Vollmacht nicht mehr als Richter, sondern als Privatmann handelte. Dieß wie obiges Geständniß wird acceptirt, und dem richterlichen Ausspruche überlassen, ob der Fiscus für Privathandlungen seiner Beamten zu haften habe. Das Petitum, litem pro negative contestata zu halten, und den Fiscus definitiv sogleich zu verurtheilen, setzt dem Ganzen die Krone auf.

Die Unstatthaftigkeit der Klage ergibt sich aus folgender einfachen Darstellung:

Was wäre die Folge, wenn Fiscus wirklich zur Rechnungsstellung verurtheilt würde?

Es wäre ihm eine juridische Unmöglichkeit aufgelegt. Die Untersuchung der Vormundschafts- und Depositen-Sachen ist als Officialsache den Gerichten zugewiesen. Die Gerichte würden einen Eingriff der Administrativ-Behörden in ihr Ressort nicht nur nicht gestatten, sondern auch die allenfalls von administrativen Stellen hergestellte Berechnung gar nicht anerkennen. Letztere könnten daher Nichts thun, als unnöthige Monitorialien zur Beendigung der P.'schen Depositat-Untersuchung an die für ihre Officialgegenstände ohnedieß besorgten Gerichts-Stellen erlassen.

Eben so verhält es sich mit dem Petitum, den kön. Fiscus zur Ersatz-Leistung zu verurtheilen. Mehr könnte nicht ausgesprochen werden, als daß der Fiscus überhaupt zum

Ersatze verlorener Depositen verbunden sey. Dieser Ausspruch liegt aber schon im Gesetze und bedarf keines Urtheiles.

Das Quantum der ad depositum genommenen Gelder können aber Kläger nicht angeben, wie sie selbst sagen; sie müssen also bis zum Ausgange der Depositat-Untersuchung warten.

Es kann auch der Beweis des Quanti nicht auferlegt werden. Denn weil die Klage keine bestimmte Angabe deßhalb enthält, konnte sie auch kein bestimmtes Petitum haben; Fiscus konnte ferner weder affirmativ noch negativ sich über die Wahrheit der Summe erklären, noch Exceptionen vorbringen. Jede Sentenz außer auf Abweisung würde nichtig seyn; ich wiederhole daher die Exceptions-Petiten.

§ 6.

Am 5. Oct. 1827 erkannten das kön. Appell.-Gericht zu Recht:

Daß der Bräumeister Mark. A. von Sch., und der Bräumeister Bernh. A. zu Schw. mit ihrer sub praes. 28. Juni 1825 gegen den kön. Fiscus eingereichten Klage angebrachter Maßen abzuweisen seyen."

Die Kosten werden den Klägern aufgebürdet.

Entscheidungs-Gründe.

Die beiden Kläger Mark. und Bernh. A. stellen zur Begründung ihrer Klage gegen den k. Fiscus folgende Behauptungen auf:

Sie hätten das Unglück gehabt, ihre in V. domicilirten Ältern frühzeitig zu verlieren, und seyen daher vom königl. Landger. J. unter Curatel gesetzt worden. Ungefähr im J. 1815 seyen ihre gerichtlich bestellten Vormünder gestorben, wodurch sich das kön. Landger. J. veranlaßt gefunden habe, ihr älterliches Vermögen selbst zu administriren. Anstatt einen neuen Vormünder zu bestellen, oder nach zurückgelegter Minderjährigkeit den Klägern das Vermögen zur selbstigen Verwaltung zu extradiren, habe das gedachte kön. Landger. mit ihren ad Depositum genommenen Geldern ganz willkühr-

lich geschaltet, und erst im J. 1819, wo sie schon volljährig gewesen seyen, von ihrem Vermögen 600 fl. an den Weißgärber K. in V. ausgeliehen, welcher bald darauf seine Zahlungs-Unfähigkeit erklärt habe.

Nach Lage der Weißgärber K.'schen Debit-Acten sollten sie nicht bloß sämmtliche Zinsen, sondern auch den dritten Theil des Capitales nachlassen, wozu sie sich nicht verstehen könnten, so wie sie überhaupt nicht gesonnen seyen, ihre Rechte gegen A. K. zu verfolgen.

Das Verfahren des kön. Landger. J. und die ihnen aufgedrungene Protutel sey ungesetzlich, der hieraus entstandene Schade sohin ein Damnum injuria datum, um dessen Ersatz das Ärar aus dem Grunde in Anspruch genommen werden könne, weil der Staat für alle Handlungen der Beamten principaliter hafte; noch sey ihnen keine genügende Rechnung vorgelegt worden, daher sie nicht im Stande seyen, ihr Guthaben genau anzugeben, nur approximativ und salvo jure wollten sie ihr Guthaben einstweilen auf 800 fl. an Capitalien angeben.

Die Kläger stellen auf den Grund dieser Behauptungen den Antrag, das kön. Appell.-Ger. möge zu Recht erkennen, daß der Fiscus schuldig sey, ihnen das gesammte älterliche Vermögen über Abzug der passirlichen und ihnen zur Anerkennung vorzulegenden Ausgaben-Posten baar heraus zu bezahlen, hierüber eine genaue Rechnung zu stellen, und den Klägern auch alle Usuras perceptas et percipiendas nach fünf Procent zu ersetzen.

Diese Klage, welche von den Klägern als Actio Depositi et protutelae bezeichnet wird, eignet sich aus nachstehenden Gründen zur Abweisung, worauf das kön. Fiscalat auch angetragen hat.

1. Dieser Klage fehlt es schon an einer vollständigen Ausführung des Klage-Grundes, an einer erschöpfenden Geschichts-Erzählung. Nur in Bezug auf diejenigen 600 fl., welche an den Weißgärber K. ausgeliehen worden sind, ist das Factum gehörig vorgetragen; was mit dem übrigen Ver-

mögen der Kläger geschehen seyn soll, kann aus der Klage nicht entnommen werden.

Schadenersatz-Klagen, weñ sie nicht das Quantum des angesprochenen Ersatzes bestimmen, sollen abgewiesen werden.

2. Diese Klage ist ferner auf keine bestimmte Summe gerichtet, bloß approximativ, und salvo jure haben die Kläger ihr Guthaben auf 800 fl. an Capitalien angegeben, und den Betrag der Zinsen gänzlich unbestimmt gelassen.

3. Diesem Mangel einer genauen Bestimmung soll durch Rechnungs-Ablage von Seite des kön. Fiscus abgeholfen werden, daher die Kläger ihren präparatorischen Antrag dahin gestellt haben, daß der kön. Fiscus verurtheilt werden möge, über ihr älterliches Vermögen, welches zum kön. Landger. J. ad Depositum gekommen ist, Rechnung zu legen.

Dieser präparatorische Antrag ist offenbar unstatthaft; denn wenn das Landger. J. als obervormundschaftliche Behörde das älterliche Vermögen der Gebrüder Mark. u. Bernh. A. nach dem Ableben der Vormünder zur selbstigen Verwaltung ad Depositum übernommen hat, wie die Kläger behaupten, so hat natürlich das kön. Landger. J. hierüber Rechnung zu legen. Ist diese Behörde, welcher die Rechnungsstellung nach Cod. civ. P. I. cap. 7. §§ 16. et 29. obliegt, säumig, so steht den Klägern frei, sich mit einer Beschwerde an die vorgesetzte Gerichts-Stelle zu wenden; diesen Weg hätten die Kläger einschlagen sollen, um sich über die Größe und Sicherheit ihres älterlichen Erbgutes gehörig zu informiren.

4. Abgesehen von diesem präparatorischen Puncte ist auch der von den Klägern gestellte Haupt-Antrag nicht rechtlich fundirt.

Die Gebrüder Mark. und Bernh. A. verlangen vom kön. Fiscus die Herausbezahlung ihres älterlichen Vermögens über Abzug der passirlichen Ausgaben-Posten; dieß ist der Haupt-Antrag in der vorliegenden Klage. Nimmt man auch an, daß der Betrag des — den Klägern gebührenden Vermögens bereits ausgemittelt sey, so haben doch die Kläger keinen zureichenden Rechts-Grund dafür angegeben, daß der Fiscus principaliter für dieses Vermögen zu haften habe. Was die

an Weißgärber K. ausgeliehenen 600 fl. anbelangt (der einzige Punct, für welchen in der Klage bestimmte Thatsachen vorkommen) dringen sich folgende Erwägungen auf:

Der kön. Fiscus soll für dieses Capital deßhalb haften, weil das kön. Landgericht J. die fraglichen 600 fl. ohne alle Sicherheit an den Weißgärber K. ausgeliehen hat, und dieses Capital mit dem Verluste bedroht ist, dann weil das Ärar nach der Meinung der Kläger für alle Handlungen der Beamten principaliter haften muß. Dieser letzterwähnte Rechts-Satz ist nirgends in den Gesetzen ausgesprochen. Bei Depositen unterliegt die principale Haftung des Fiscus keinem Zweifel; aber man würde offenbar zu weit gehen, wenn man annehmen wollte, daß der Fiscus für alle Handlungen, also auch für alle Mißgriffe und Excesse der Beamten zu haften habe.

Der k. Fiscus haftet nur für jene Handlungen seiner Beamten, die sie innerhalb der Gränzen des ihnen verliehenen Mandates vornehmen.

Will man die gesetzlichen Bestimmungen über das Mandat analog anwenden, so gelangt man vielmehr zu dem Resultate, daß der Fiscus für die Excesse der Beamten in der Regel nicht in Anspruch genommen werden könne; denn bei dem Mandate gilt der Grundsatz, daß der Principal durch die Handlung des Mandatars nicht obligirt werde, wenn der Mandatar die Vollmacht überschreitet.

(Cod. civ. P. IV. cap. 9. § 8.)

Das kön. Landger. J. mag allerdings die fraglichen 600 fl. für die A.'schen Geschwisterte nicht sicher genug angelegt haben; die einschlägigen Debit-Acten bewähren in der That, daß dieses Capital wenigstens zum Theile mit Verlust bedroht sey. Allein nach dem Vorbringen der Kläger liegt kein zureichender Rechtsgrund vor, aus welchem der Fiscus für jenen Mißgriff principaliter haften sollte. Das gedachte Landger. handelte als obervormundschaftliche Behörde; wenn auch die Gebrüder Mark. und Bernh. A. zur Zeit jener Capitals-Ausleihung schon großjährig gewesen sind, so blieb doch ihr Verhältniß zur Obrigkeit das nämliche, in so ferne sie die Herausgabe ihres Vermögens nach erreichter Großjährigkeit nicht sogleich reclamirten, und dadurch sich stillschweigend die Fort-

dauer der obervormundschaftlichen Respicienz und Verwaltung gefallen ließen. Nun bestimmt aber das Landrecht P. I. cap. 7. § 29., daß die Obrigkeit selbst dem Pupillen hafte, wenn selbe an ihrem obervormundschaftlichen Amte Etwas ermangeln läßt, und dem Pupillen hiedurch ein Schaden zugeht. Von einer principalen Haftung des Fiscus in einem solchen Falle kommt nirgends in den Gesetzen Etwas vor.

Nach den oben allegirten Bestimmungen über das Mandat dürfte sogar der Zweifel entstehen, ob der Fiscus in einem solchen Falle überhaupt zu haften habe? Wenn man aber auch annehmen will, daß eine Subsidiar-Haftung des Fiscus gegründet sey, so ist die vorliegende Regreß-Klage doch auf jeden Fall zur Zeit unstatthaft, da die Kläger mit ihren Ansprüchen vorerst gegen den Weißgärber K., und resp. die Landrichter P.'sche Verlassenschafts-Masse auftreten mußten.

Was endlich diejenigen Ansprüche betrifft, welche die Kläger außer dem fraglichen Capitale pr. 600 fl. erhoben haben, so ist die Klage auf keine Weise gehörig substancirt; es ist das Quantum nicht bestimmt angegeben, so wie es an der Geschichts-Erzählung fehlt.

Will man die von den Klägern ebenfalls angestellte Actio depositi auf diese Ansprüche beziehen, so liegt ein wesentlicher Mangel der Klage darin, daß nicht angegeben ist, wie viel und aus welcher Veranlassung ad depositum des kön. Land-Gerichts J. gekommen sey. Hiezu kommt, daß das Landrichter P.'sche Deposital-Wesen einer amtlichen Untersuchung von Seite des unterfertigten Gerichtshofes unterworfen, und daß erst vor Kurzem ein Erkenntniß in dieser Sache gefällt worden ist. Wollen die Kläger ein Depositum reclamiren, worauf sich jene Untersuchung bezogen hat, so stehet denselben frei, die fraglichen Untersuchungs-Acten einzusehen, und hierüber die geeigneten Anträge zu stellen; eine förmliche Klage gegen den Fiscus ist dann überflüßig.

Im entgegengesetzten Falle, wenn die Kläger ein Depositum reclamiren, worauf sich jene Amts-Untersuchung nicht bezogen hat, liegt denselben ob, vor Allem eine gehörig substancirte Klage zu übergeben.

Die vorliegende Klage eignet sich aus den erörterten Gründen zur Abweisung, daher, wie geschehen, erkannt werden mußte. Die Kosten fallen den Klägern als den sachfälligen Theilen zur Last.

(Cod. jud. cap. 17. § 4.)

§ 2.

Hiegegen ergriffen die Brüder A. am 6. Dec. 1827 die Berufung und führten in selber an: Wir widerlegen die erstrichterlichen Entscheidungs-Gründe auf nachstehende Weise:

Ad 1. Es möchte unserem Anwalte als Anmässung ausgelegt werden, wenn derselbe darzuthun sich bemühen würde, daß es gar nichts Deutlicheres geben kann, als seine Klage; allein ein solches Urtheil, wie das in erster Instanz gefällte, war wahrhaftig nicht zu erwarten; denn selbst der Vortrag, womit die appellationsgerichtl. Entscheidungs-Gründe beginnen, und welcher wörtlich aus unserer Klage extrahirt ist, ist so allgemein faßlich, daß es gar nichts Deutlicheres geben kann.

Es ist sonnenklar, daß das kön. Landgericht J., welches Nichts zu thun hatte, als nach dem Tode unserer Vormünder andere derlei aufzustellen, sofort nach unserem Austritte aus den Jahren der Minderjährigkeit uns unser Vermögen zu extradiren, und — so weit es sich statt der Bestellung neuer Vormünder selbst pro tutore gerirt hatte, uns eine ordentliche Rechnung abzulegen, darin einen grossen Fehler beging, daß es, anstatt neue Vormünder für uns aufzustellen, sich selbst der Vormundschaft unterzog, und sogar noch zu einer Zeit, da wir Beide schon volljährig waren, über unser — ad depositum judiciale gebrachtes Vermögen willkührlich, und ganz den Bestimmungen der Gesetze über das Depositen-Wesen entgegen, verfügte, und culpose Handlungen beging, wozu es nach seiner amtlichen Stellung nicht befugt war.

Judex a quo sagt, nur in Beziehung auf die — dem Weißgärber Ant. K. geliehenen 600 fl. sey die Klage gehörig vorgetragen; was mit dem übrigen Vermögen der Kläger geschehen sey, könne aus der Klage nicht entnommen werden.

Dieser Satz ist ganz richtig, aber unsere Abweisung mit der Klage kann hierauf durchaus nicht gegründet werden; denn selbst die specielere Geschichts-Erzählung rücksichtlich der K.'schen 600 fl. ist nicht unser nächster, sondern nur der entferntere Klage-Grund, mehr pro exemplificatione angeführt.

Unsere Klage reducirt sich auf die wenigen Sätze:

a) Das Landgericht J. hat nach dem Tode unserer Vormünder keine neuen Vormünder bestellt, mithin in seinen Amts-Handlungen eine culpam latam begangen —

b) es hat sich ferner der Tutel selbst unterzogen, daher unterliegt es den nämlichen Haftungen gegen uns, wie ein Vormund gegen seine Pupillen. —

c) es hat als Depositarius seine Befugnisse überschritten, und anstatt über die deponirten Gelder bloß nach den Bestimmungen des Deponenten zu verfügen, hierüber eigenmächtig disponirt, und dritten Personen willkührlich Darlehen gemacht, selbst zu einer Zeit, da wir schon volljährig waren, und uns unser Vermögen schon hätte extradirt werden sollen. —

d) Dem Protutor liegen die nämlichen Verbindlichkeiten ob, wie dem eigentlichen Tutor, nämlich

aa) dem Pupillen nach Endigung der Vormundschaft über seine geführte Verwaltung ordentliche Rechenschaft abzulegen,

bb) ihm allen durch sein Verschulden zugezogenen Schaden zu ersetzen.

Dieses ist der deutliche und wohlverständliche Sinn unserer Klage.

Wenn der Pupille fodert, daß der Tutor oder Protutor über seine Vermögens-Verwaltung eine Rechnung ablegen soll, so liegt es doch wohl gewiß in der Natur der Sache, daß der volljährig gewordene Pupille den Stand seines Vermögens noch nicht kenne, sondern ihn erst durch die abzulegende Rechnung kennen lernen wolle! Soll nun der Pupille noch kein Klage-Recht gegen den Vormund haben, weil ihm der ganze Stand seines Vermögens, worüber der Vormund die Rechnung zu stellen sich weigert, noch nicht bekannt ist?

Sobald ein Vormund seine Pflicht nicht erfüllt, und sich der Rechnungs-Ablage weigert, ist die Klage gegen ihn begründet. Die Fundamente einer solchen Klage sind

a) die Eigenschaft des Beklagten als Tutor oder Protutor, und

b) die verweigerte Erfüllung der gesetzlichen Verbindlichkeiten der Rechnungs-Ablage.

An der Festsetzung dieser Fundamente mangelt es unserer Klage nicht im Mindesten, und wir glauben, die dießfallsigen Einwendungen des kön. Fiscalates in unserer Replik genügend und mit Bezeichnung der einschlägigen Gesetzes-Stelle widerlegt zu haben.

Was mit dem übrigen Vermögen geschehen sey, das verlangen wir ja eben selbst zu wissen und durch die Rechnung zu erfahren. Wir klagten ja auf die Stellung der Rechnung und deßwegen kann es uns nicht zum Vorwurfe gereichen, daß uns das Resultat der noch nicht gestellten Rechnung noch nicht bekannt ist.

Ad 2. Gleiche Beschaffenheit hat es mit dem zweiten Entscheidungs-Grunde; denn so lange uns keine Rechnung gestellt wird, können wir den Betrag unseres Vermögens freilich nicht angeben. Wenn solche Exceptionen, wie die des kön. Fiscalates, wirklich geeignet wären, die Klage eines volljährig gewordenen Pupillen zu elidiren, so stände das Vermögen aller Minderjährigen auf dem Spiele, und es hinge bloß noch von dem persönlichen Character der Vormünder ab, ob sie ehrlich seyn, oder ihre Pupillen betrügen wollen. Die Herrschaft des Gesetzes vermöchte Nichts mehr gegen gewissenlose Curatoren, wenn man keine Klage gegen dieselben stellen dürfte, so lange man nicht mit mathematischer Gewißheit in der Klage angeben könnte, in wie viel Gulden, Kreuzer oder Hellern das Vermögen bestehen müsse, wenn die noch nicht abgelegte Rechnung gestellt worden wäre.

Wie könnte eine solche Anomalie Statt finden? Ein flüchtiger Blick in die Adnotationen ad Cod. jud. cap. 4. § 7. hebt diese Entscheidungs-Gründe auf.

Ad 3. Man widerlegt unsre Klage, in so ferne sie auf die Rechnungs-Stellung gerichtet ist, damit, daß wir eine Beschwerde gegen das kön. Landgericht J. hätten stellen sollen, wenn dieses uns nicht selbst Rechnung ablegen wollte; allein wir hatten gute Gründe, diesen uns vorgezeichneten Weg nicht einzuschlagen.

Eine Beschwerde gegen ein Untergericht kann — abgesehen von allen anderen Verhältnissen, welche oft eine gerechte Beschwerde erfolglos machen, nur dann auf die Erreichung des gewünschten Effectes Anspruch machen, wenn die verklagte Behörde sich weigert, eine Handlung vorzunehmen, wozu sie nach ihrem gesetz- und verfassungsmäßigen Wirkungs-Kreise verbunden ist.

Nun ist aber bekanntlich kein Landgericht schuldig, die Stelle der mit Tod abgegangenen Vormünder zu vertreten, das Vermögen der Pupillen zu verwalten, Gelder auszuleihen u. dgl.; daher kann es auch von dieser Seite aus und nach seiner wahren amtlichen Stellung nicht angehalten werden, eine Rechnung abzulegen, sondern die Verbindlichkeit der Rechnungs-Ablage gründet sich in concreto auf ein gesetzwidriges Verfahren des Amtes, wo wir durch simple Beschwerden gegen das Untergericht niemals zum Ziele kommen können; denn, wenn wir mit unserer Beschwerde recht glücklich sind, so bekommt das Untergericht einen Verweis, womit uns aber nicht gedient ist, da er keinen Geld-Werth hat, und wenn auch das Landgericht — zur Strafe — in alle Schäden und Kosten verurtheilt werden sollte, so hängt die Realisirung dieses Ausspruches erst wieder von dem Umstande ab, ob der Beamte den Willen und das Vermögen hat, uns zu entschädigen, und wenn es, was vorauszusehen ist, an dem Einen oder an dem Anderen mangelt, so müssen wir mit ihm oder seinen Erben erst einen Proceß ausstreiten, wozu wir nach dem Gesetze gar nicht angehalten werden können, indem der Staat für die Handlungen der Beamten primarie haften muß.

Vid. et § 59. des gutsherrlichen Edictes vom 16. Mai 1818.

Ad 4. In diesem Theile der erstrichterlichen Entscheidung werden Grundsätze aufgestellt, welche das Vermögen vieler tausend Staats-Bürger auf das Spiel setzen; denn man stellt geradezu die Haftung des Staates für die schuldhaften Amts-Beschädigungen der Beamten in Abrede, und überläßt den armen Unterthan seinem traurigen Schicksale, wenn er das Unglück hat, von Amts wegen seines Vermögens beraubt zu werden.

Die uns gehörigen Gelder waren allerdings gerichtliche Depositа, und Pupillen-Gelder müssen ad Depositum gebracht, und dürfen nicht fortwährend in den Händen der Vormünder belassen werden. Der kön. Fiscus konnte auch nicht behaupten, daß unser Vermögen in einer anderen Eigenschaft, als in jener eines Depositi zu dem Landgericht J. gekommen sey. Wenn nun das kön. Appellat.-Ger. selbst einräumt, daß bei Depositen-Geldern der Staat principaliter hafte, so erscheint unsere Klage vollkommen gegründet; denn ob unser bei Gericht deponirtes Vermögen von dem Beamten unterschlagen, oder bloß in Folge einer unsicheren Ausleihung zu Verlust gegangen sey, ist hinsichtlich seines Effectes gleichbedeutend, und ändert an der Haftung des Staates Nichts.

Daß bei Vernachläßigungen des Pupillen-Vermögens die Obrigkeit mithaftend sey, besonders wenn sie sich bei Bestellung der Vormünder säumig bezeugt, ist nicht bloß in § 29., sondern auch in § 8. des Cod. civ. P. I. Cap. 7. ausgesprochen; allein befremdend ist die Wendung, welche man diesen Gesetzen gibt, daß unter dem Ausdrucke: Obrigkeit gleichsam nur die Person des Beamten verstanden werde, ohne daß der kön. Fiscus die mindeste Haftung hiefür habe.

Wenn die Unterthanen selbst das Recht hätten, sich ihre Beamten zu wählen, dann möchte jene Behauptung richtig seyn, und die Wahlen möchten oft ganz anders ausfallen; allein nachdem es der Staat zu seinen landesherrlichen Reservaten zählt, die Beamten allein anzustellen, ohne daß dem Unterthan der mindeste Einfluß auf solche Wahlen zusteht, so hat auch er ganz allein die Haftung für alle diejenigen Be-

schädigungen, welche ein Beamter in seiner amtlichen Stellung den Unterthanen zugezogen hat.

Das kön. Appell.-Ger. hat die Ansicht, daß, ehe wir den Fiscus belangen können, wir wenigstens zuvor noch den Weißgärber K., und dann die Landrichter P.'schen Erben, und erst, wenn wir nirgends befriediget werden, den Fiscus klagen müssen.

Allein wir haben weder mit dem Einen, noch mit den Anderen contrahirt; beide werden uns ein Heer von Exceptionen entgegen setzen, und wenn der Proceß gegen jede dieser Partheien nur 3 Jahre, gegen beide also 6 Jahre dauert während wir unsere Ansprüche gegen den Fiscus bisher in 3 1/2 Jahren noch nicht weit vorwärts bringen konnten, so haben wir die schönste Hoffnung recht alte Männer zu werden, bis uns einmal die Hoffnung blüht, zu erfahren, bei wem wir unsere Kinder-Gelder zu suchen haben, welche um der größern Sicherheit Willen — dem Staate anvertraut werden mußten.

Wenn die Klage einen wesentlichen Mangel hat, so solle sie gar nicht communicirt, minder ein Proceß hierauf eingeleitet werden; da sie aber im Anfange durchaus nicht für mangelhaft gehalten wurde, so ist es befremdend, daß sie erst nach so langer Zeit an Deutlichkeit und Substanz verloren haben solle.

Judex I^mae glaubt ferner, daß, nachdem kürzlich in der P.'schen Depositen-Untersuchungs-Sache ein Erkenntniß gefällt worden sey, wir hievon Einsicht nehmen und die geeigneten Anträge stellen können; allein wir sind der Meinung, daß, wenn jenes Erkenntniß auch uns betrifft, wir hievon ex officio hätten in Kenntniß gesetzt werden sollen. Übrigens ist es eine traurige Sache, wenn ein Beamter das so höchst einfache Depositen-Geschäft dergestalt in Unordnung bringt, daß erst nach mehreren Jahren nach seinem Tode förmliche Erkenntnisse hierüber gefällt werden müssen!

Wir stellen nun die Bitte:

reformando zu erkennen, daß der kön. Fiscus den Klage-

Petiten vom 16. Juni 1825 gemäß in Haupt- und Nebensache zu verurtheilen sey.

§ 8.

Das kön. Oberappell.-Ger. erkannte hierauf am 10. Jän. 1829 zu Recht und bestättigte das vom kön. Appellat.-Ger. des ** Kreises am 5. Oct. 1827 gefällte Erkenntniß unter Verurtheilung der Revidenten in die Kosten dieser Instanz; dieselben haben auch sechs Thaler Succumbenz-Geld zu bezahlen.

Entscheidungs-Gründe.

Die Kläger behaupten, es sey während ihrer Minderjährigkeit ihr Vermögen beim kön. Landgericht J. hinterlegt, daselbst nach dem wahrscheinlich im Jahre 1825 erfolgten Tode ihres Vormundes kein neuer Vormund bestellt, sondern vom kön. Landgericht selbst ihr Vermögen verwaltet, damit willkührlich verfügt, und ihnen davon Nichts ausgefolgt worden; deßwegen und weil sich das Landger. selbst als Protutor dargestellt habe, fodern sie nun vom k. Fiscus die Rechnungs-Stellung über ihr hinterlegtes Vermögen und den Ersatz des sich hienach zeigenden Abganges an demselben. Derselbe hat aber unter Anderem auch die Einrede des unrecht gewählten Beklagten entgegen gesetzt, und auf den Grund derselben die Einlassung auf den Streit verweigert, und diese Einrede erscheint auch als gegründet. Es ist zwar richtig, daß die von den Klägern verlangte Nachweisung ein bei Gericht hinterlegtes Vermögen betrifft, und daß der Staat für dasselbe nach den bestehenden Verordnungen principaliter zu haften hat, wenn den beiden A. durch ein schuldhaftes Verfahren der Depositions-Behörde hieran ein Nachtheil zuging; allein eben deßwegen versteht sich diese Haftung nur in so ferne, als ein solcher Nachtheil wirklich eingetreten ist, was sich aber erst aus einer herzustellenden Rechnung ergeben kann; diese Rechnungs-Stellung ist daher ein präjudicirter Gegenstand für die Haftung des Staates, weil eine hierauf gerichtete Klage für den Fall, wenn sich nach abgelegter Rechnung kein

aus Verschulden des Gerichtes herrührender Abgang an dem hinterlegten Vermögen zeigen sollte, von selbst hinwegfällt; diese Rechnungs-Ablage kann aber nur von dem Depositions-Amte oder dem einschlägigen Beamten gefodert werden, und es bestehet kein Gesetz, welches den Fiscus verbindlich machen könnte, dieses Geschäft für dieselben zu übernehmen.

Der k. Fiscus kann nicht angehalten werden, über die Depositen-Verwaltung seiner Beamten Rechnung zu stellen.

Da nun die Klage auf Rechnungs-Ablage, und nur eventuel auf Ersatz gerichtet ist, so erscheint der kön. Fiscus in Beziehung auf die Klage, wie sie angebracht wurde, als der unrecht gewählte Beklagte, und es mußte daher, wie geschehen, erkannt, die Revidenten mußten aber in die Bezahlung der Kosten beider Instanzen verurtheilt werden, weil sie dieselben ohne rechtlichen Grund verursacht haben.

§ 9.

Nunmehr wendeten sich die Brüder A. am 9. Febr. 1829 an das kön. Landger. J. mit der Bitte, dasselbe wolle ihnen als Vormundschafts- und Depositions-Behörde eine förmliche Rechnung über ihr Vermögen stellen und ihnen dieselbe zu ihrer Erinnerung und Genehmigung vorlegen, worauf ihnen das kön. Landgericht unter Vorlage der Acten bedeutete, daß eine Rechnungsstellung nicht nothwendig sey, weil die Endvormundschaftsrechnung unter der Amtirung des verlebten k. Landrichters P. schon am 30. Oct. 1820 gestellt worden sey.

Die Brüder A. inspicirten diese Rechnung, gaben über selbe am 18. Mai 1829 ihre Erinnerung ab und baten zugleich, diese zu genehmigen, sofort den Calcul ihrer Rechnung auf die von ihnen entzifferte Summe von 755 fl. 28 kr. 3 1/2 pf. in Haupt- und Nebensache festzusetzen und in quanto et quali als richtig zu erklären.

Das kön. Landger. J. eröffnete ihnen jedoch am 29. Juli 1829, daß es sich zu keiner Rechnungsstellung verpflichtet halte und als sich die Brüder A. hiegegen am 12. Aug. dess. Jahres bei dem kön. Appell.-Ger. beschwerten, beschloß dieses am 6. Nov. 1829:

§. 10.

I. Daß die Querulanten mit ihrer beim kön. Landger. J. eingereichten Imploration d. d. 18. Mai l. J., in so weit dieselbe die Beanständigung der an Weißgärber K. geschehenen Capitals-Ausleihung zum Gegenstande hat, abzuweisen seyen, wobei aber denselben unbenommen bleibe, in dieser Hinsicht ihre Rechte contra quemcunque zu verfolgen;

II. daß das kön. Landgericht J. anzuweisen sey,

a) den Bierbrauers-Söhnen Mark. und Bernh. A. hinsichtlich der Baarschaft, welche für sie nach der vom Landrichter P. angefertigten Endes-Vormundschafts-Rechnung d. d. 30. Oct. 1820 mit einem Betrage von 75 fl. 14 kr. 1 pf. in deposito judiciali vorhanden seyn soll, weitere Rechnung zu stellen, resp. denselben in dieser Hinsicht einen vollständigen Depositen-Buchs-Extract mitzutheilen, und

b) denjenigen Betrag, welcher unstreitig als Depositum der Querulanten noch vorhanden ist, an dieselben unweigerlich auszuhändigen, wobei übrigens den Querulanten hinsichtlich des allenfallsigen Abganges an der Summe pr. 75 fl. 14 kr. 1 pf. so wie hinsichtlich der seit 30. Oct. 1820 verfallenen Zinsen contra quemcunque vorbehalten bleiben, endlich

III. daß die weiteren Verhandlungen in rubricirter Sache taxfrei zu behandeln, und den Querulanten die etwa bereits eingeheischten Taxen zu restituiren seyen.

Gründe.

Ad I. Die Bierbrauers-Söhne Mark. und Bernh. A. haben bei dem kön. Landger. J. mittels Eingabe d. d. 18. Mai 1829 gegen die vom Landrichter P. angefertigte Endes-Vormundschafts-Rechnung d. d. 30. Oct. 1820 ihre Erinnerungen angebracht, worin sie als richtig annehmen, daß ihr älterliches Vermögen damals nicht mehr betragen habe, als in der besagten Rechnung angegeben ist, nämlich

153 fl. 30 kr. für Bernh. A., und
521 fl. 43 kr. 3 1/2 pf. für M. A.

Die von den Querulanten angebrachten Erinnerungen beschränken sich darauf, daß sie sich hinsichtlich ihrer Erbtheile

nicht auf das Capital pr. 600 fl. anweisen lassen wollen, welches aus ihrem Vermögen beim Weißgärber K. in B. angelegt worden ist, und daß sie ferner von ihren Erbtheilen pr. 153 fl. 30 kr. und 521 fl. 43 kr. 3 1/2 pf. die seit dem 30. Oct. 1820 (der Zeit der Rechnungsstellung) verfallenen Zinsen in Anspruch nehmen.

Bernh. A. fodert demnach

an Capital	153 fl.	30 kr.	
an Zinsen	69 fl.	4 kr.	
Summa	222 fl.	34 kr.	

Mark. A. fordert

an Capital	521 fl.	43 kr.	
an Zinsen	234 fl.	45 kr.	
Summa	756 fl.	8 kr.	

Der von den Querulanten in der Eingabe d. d. 18. Mai l. J. gestellte Antrag ist übrigens darauf gerichtet, daß das kön. Landgericht J. ihre Erinnerungen genehmigen, sofort den Calcul ihrer Rechnung in Haupt- und Nebensache auf den bezifferten Betrag festsetzen, und in quanto als richtig erklären wolle.

Bezieht man diesen Antrag auf die Beanständigung der an Weißgärber K. geschehenen Capitals-Ausleihung (um welchen Punct es sich hauptsächlich frägt), so verlangen die Querulanten implicite darüber einen Ausspruch, daß sie nicht schuldig seyen, das bei dem Weißgärber K. ausstehende Capital pr. 600 fl. als einen Theil ihres älterlichen Vermögens anzunehmen.

Von dieser Seite beruht die Imploration d. d. 18. Mai l. J. offenbar auf einem Mißverständnisse; die Querulanten wurden mit ihrer früher contra fiscum angebrachten Klage abgewiesen, weil sich erst aus der von der Depositions-Behörde zu stellenden Rechnung ergeben muß, ob ein aus dem Verschulden des Gerichtes herrührender Abgang an ihrem älterlichen Vermögen vorhanden seyn wird, und weil sohin die Rechnungsstellung präjudiciel ist. Nun liegt aber in concreto die vom Landr. P. angefertigte Endes-Vormundschafts-Rech-

nung d. d. 30. Oct. 1820 vor, woraus zu entnehmen ist, daß 600 fl. von dem Vermögen der Querulanten an den Weißgärber K. ausgeliehen worden sind.

In Ansehung dieser 600 fl. kann von einer weiteren Rechnungs-Ablage keine Rede mehr seyn. Die Verhandlung, welche nach den Entscheidungs-Gründen des oberstrichterl. Erkenntnisses d. d. 10. Jan. l. J. präjudiciel ist, liegt hier schon beendiget vor.

Es frägt sich nur mehr, ob der Staat, welchen die Querulanten als tenent betrachten, für die fraglichen 600 fl. sammt Zinsen wirklich zu haften habe.

Die Erörterung dieser Frage gehört nicht zum Wirkungskreise der Depositions-Behörden.

Glauben die Bierbrauers-Söhne Mark. und Bernh. A. mit ihren deßfallsigen Ansprüchen contra fiscum auszureichen, so bleibt denselben nichts Anderes übrig, als hierorts mit einer förmlichen Klage aufzutreten.

Die Frage, ob die Querulanten das Capital als einen Theil ihres älterlichen Vermögens anzunehmen verbunden seyen, bildet nicht den Gegenstand einer selbstständigen zum Wirkungskreise der Depositions-Behörde gehörigen Verhandlung; denn die Querulanten suchen durch den Ausspruch, den sie über diese Frage erwirken wollen, ihre schon angekündigte Regreß-Klage gegen den kön. Fiscus zu begründen; es gilt hier also einer Frage, die mit dem Hauptprocesse zusammenhängt, zu welchem das kön. Landgericht J. offenbar nicht zuständig ist.

Aus diesen Gründen mußte ad I. wie geschehen, verfügt werden.

Ad II. Ein weiterer Anstand, welcher in Ansehung des Erbtheiles der Querulanten obwaltet, betrifft die Baarschaft pr. 75 fl. 14 kr., welche nach der Endesvormundschafts-Rechnung d. d. 30. Oct. 1820 für dieselben in depositio judiciali vorhanden seyn soll.

In dieser Hinsicht ist noch nicht constatirt, ob die fragliche Baarschaft noch vorliegt, und wenn dieß der Fall ist, welche Ausgaben hievon bestritten worden sind?

In dieser Hinsicht liegt daher dem kön. Landgerichte J. als Depositions-Behörde ob, den Querulanten weitere Rechnung zu stellen, resp. denselben einen vollständigen Depositen-Buchs-Extract mitzutheilen, damit dieselben hiedurch in den Stand gesetzt werden, ihre deßfallsigen Rechte weiter zu verfolgen.

Diejenige Summe, welche etwa als ein unstreitiges Depositum der Querulanten noch vorhanden ist, ist denselben ohne Anstand zu verabfolgen, und wegen des allenfallsigen Abganges so wie wegen der Zinsen bleiben denselben, wie sich von selbst versteht, alle Rechte vorbehalten.

Ad III. Die taxfreie Behandlung dieser Sache rechtfertiget sich durch die Erwägung, daß es Officialsache der Depositions-Behörden ist, den Betheiligten über die Depositen Rechnung zu legen; aus diesem Grunde mußte auch die Refundirung der in der nämlichen Angelegenheit bereits erhobenen Taxen, wie geschehen, angeordnet werden.

Das kön. Landgericht J. erhält unter Remission

a) der Weißgärber K.'schen Debit-Acten und

b) der landgerichtlichen Acten das A.'sche Depositum betreffend

den Auftrag, die Bierbrauerssöhne Mark. und Bernh. A. von gegenwärtiger Entschließung in Kenntniß zu setzen, so wie auch nach Nro. II. et III. dieser Entschließung unverzüglich das Weitere zu verfügen.

A. den 6. Nov. 1829.

§ 11.

Nunmehr stellten die Brüder A. am 17. Jän. 1830 folgende neuerliche Klage gegen den kön. Fiscus:

Nachdem in unserer Klagsache gegen den kön. Fiscus der Präjudicial-Punct der Rechnungsstellung über unser amtlich hinterlegtes Vermögen nunmehr berichtiget, und uns durch die Depositions-Behörde, nämlich das kön. Landger. J., eine ordentliche Rechnung gestellt worden ist; so sind wir im Stande, unsere Klags-Ansprüche gegen den kön. Fiscus vollständig in quanto anzugeben und gehörig zu substanciren, daher wir —

das Historische im Allgemeinen aus den Voracten bekannt annehmend, unsere Klage auf nachstehende Art anstellen:

Unsere Ältern waren Bier-Brauers-Eheleute in dem Markte V.

Sie hinterließen nach ihrem Tode fünf Kinder, wovon aber eines schon versorgt war, und ein zweites bald mit Tode abging, daher nur noch drei übrig blieben, welche als Minderjährige unter Curatel gestellt wurden, nämlich Max, Bernh. und Magdalena A.

Letztere hat ihr Vermögen bereits erhalten, und hat daher an den weiteren Verhandlungen keinen Antheil.

Unser Vermögen bestand zur Zeit des Anfalles unserer Vormundschaft in baarem Gelde, welches gerichtlich deponirt und verzinslich ausgeliehen wurde.

Das kön. Landgericht J. stellte über die — bei demselben amtlich hinterlegten A.'schen Pupillen-Gelder zweimal eine Rechnung, die erste am 11. März 1815, und die zweite am 30. Oct. 1825.

Aus diesen Rechnungen ergibt sich das Resultat, daß am Schlusse der Rechnungs-Periode unser Vermögen noch in Folgenden bestand:

a) des Max A. in

521 fl. 43 kr. 3 1/2 pf.

b) des Bernh. A. in

153 fl. 30 kr. 1 1/2 pf.

Summa 675 fl. 14 kr. 1 pf.

Das Landger. J. nennt die zweite Vormundschafts-Rechnung selbst die Endes-Vormundschafts-Rechnung, weil wir zu jener Zeit bereits volljährig waren, und der Grund der ferneren Deponirung und vormundschaftlichen Verwaltung bereits aufgehört hatte; es hätte uns daher dortmals vorladen, uns unsere Erklärung über die Genehmigung der vormundschaftlichen Vermögens-Verwaltung abfodern, und uns das in deposito befindliche Vermögen herausgeben sollen. Allein es geschah weder das Eine, noch das Andere, und das Landgericht J. entzog sich selbst die Möglichkeit, uns das De-

positum heraus zu bezahlen, indem es schon ein Jahr vor Ablage der End-Vormundschafts-Rechnung, ohne unsere Einwilligung zu erholen, die Summe von 600 fl. einem gewissen Ant. K., Weißgärber in V., zu 5 Procent verzinslich verlieh, daher es uns bei der End-Vormundschafts-Rechnung, anstatt uns die Deposital-Summe von 675 fl. 14 kr. 1 pf. baar zu extradiren mit 600 fl. an den genannten Weißgärber K. anweisen wollte, welche Anweisung wir aber nicht annehmen konnten, indem dieses Geld ohne unsere Zustimmung gar nie ex depositio genommen, minder einem gantmäßigen Schuldner vorgeliehen werden durfte.

Wir baten öfter, uns unser Vermögen baar herauszugeben, wozu wir als volljährige Bürgers-Söhne berechtiget waren; allein das Geld war nicht mehr in depositio, wir hätten den K.'schen Schuld-Schein als vollgültig annehmen und auf alle Ansprüche contra quemcunque wegen des voraussichtlichen Verlustes an diesen 600 fl. Verzicht leisten sollen; wir hielten uns jedoch nicht für verbunden, uns anstatt unseres — zur Sicherheit gerichtlich hinterlegten Geldes an einen überschuldeten Schuldner anweisen zu lassen, bei welchem wir nicht ohne große Beschwerde, viele Kosten und beträchtlichen Verlust das angewiesene Guthaben zu realisiren vermöchten.

Wir entbehren demnach seit dem Ende unserer Vormundschaft den Genuß und die Benützung unseres Vermögens von 675 fl. 14 kr. 1 pf., und zwar aus dem einzigen Grunde, weil die Depositions-Behörde, das kön. Landger. J., sich eine Handlung erlaubt hatte, welche sich weder mit dem Zwecke der Deposition vereinigen, noch sonst im Mindesten rechtfertigen läßt.

Der Depositar hat die Pflicht, die deponirte Sache getreulich zu verwahren und auf Verlangen des Deponenten, oder bei nothwendigen Depositen, wie z. B. bei dem Vermögen der Minderjährigen, sobald der Grund der Deposition, in concreto die Minderjährigkeit, aufhört, in unveränderter Gestalt herauszugeben, indem ihm der Gebrauch der hinterlegten Sache schlechterdings nicht gestattet ist.

Der Staat hat die primäre Haftung für alle Depositen übernommen: das Factum depositionis liegt unwidersprechlich vor, und daß das Geld nicht mehr in natura vorhanden sey, hat das königl. Landgericht J. selbst einbekannt.

Wir produciren zur Begründung unserer Klage nachstehende Documente:

a) Die 1. Vormundschafts-Rechnung, gestellt durch das königl. Landgericht J. den 11. März 1815.

b) Die 2. und End-Vormundschafts-Rechnung derselben Behörde vom 30. October 1820.

c) Auszug aus dem Geld-Depositen-Buche des königl. Landgerichts J. für die Märkte G., K., Pf. und V. vom 1. März 1814 anfangend.

d) Auszug aus dem Protocolle der königl. Appellations-Gerichts-Untersuchungs-Commission über das Depositen-Wesen des königl. Landgerichts J. vom 2. März 1822.

e) Bemerkungen des königl. Landgerichts J. zu dem Depositen-Buche über das A.'sche Depositum.

f. detto Bemerkungen zu der Landrichter von P.'schen End-Vormundschafts-Rechnung für die A.'schen Kinder.

Nun ist in mehreren älteren und neueren Verordnungen, vorzüglich in denen vom 24. October 1796. — 9. Juli 1802 — 3. December 1811 und 2. Juni 1815 ausdrücklich erklärt worden, daß der Staat für alle bei den landesherrlichen Stellen und Ämtern authoritate judiciali ad depositum genommenen Gelder hafte, und daß hiefür sogar alle landesfürstlichen Güter und Renten stillschweigend verpfändet seyen; auch ist in der Beilage IV. § 63. und in der Beilage VI. § 59. zur Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 ausgesprochen, daß der königl. Fiscus allen aus den Amts-Handlungen seiner Beamten entstandenen Schaden zu ersetzen habe: es kann daher nun keinen Augenblick mehr zweifelhaft seyn, daß der Fall in concreto gegeben sey, daß wir unsere Entschädigung primarie bei dem königl. Staats-Ärare zu suchen haben.

Auch über das Quantum damni kann kein Zweifel mehr obwalten; denn da am 30. October 1820 unsere Vormundschaft ihr Ende erreicht hatte, so hätte auch längstens bis zu

dieser Zeit uns der Vermögens-Rest von 675 fl. 14 kr. 1 pf. baar extradirt werden sollen. Da dieses nicht geschehen konnte, weil die Depositions-Behörde das Geld nicht mehr besaß, sondern willkührlich verwendet hatte, so ist der für die Depositen-Gelder haftende königl. Fiscus schuldig, uns obige Summe zu ersetzen.

Allein nicht bloß die Haupt-Sache, sondern auch das Interesse hievon ist der königl. Fiscus uns zu ersetzen schuldig, und zwar vom 30. October 1820 an bis zu dem Tage, da uns die Haupt-Sache heraus bezahlt werden wird, weil wir während dieses ganzen Zeit-Raumes zu unserem größten Nachtheile außer Stand gesetzt waren, unser eigenthümliches Vermögen zu benützen, uns mit demselben anzukaufen, oder selbes auf andere Weise fructificirlich zu machen.

Das höchst schuldhafte Verfahren des königl. Landgerichts J. kann auch nicht mit der Unwissenheit entschuldiget werden, weil die Gesetze Jedermann, vorzugsweise aber den Gerichten bekannt seyn müssen.

Endlich steht uns auch der Umstand nicht im Wege, daß vielleicht noch ein Theil der Anton K.'schen Foderung gerettet werden könnte, was jeden Falles eine zweifelhafte Sache ist. Das Depositen-Amt war nicht befugt, für uns einen Mäckler zu machen, und Gelder auszuleihen; am wenigsten auf solche unsichere Plätze, wo die Verlust-Gefahr augenfällig war. Wir können daher von der Ausleihung an K. gar keine Notiz nehmen, müssen es dem Staate überlassen, diese Foderung auf eigene Wag und Gefahr flüßig zu machen, und bleiben bei dem Grundsatze stehen, daß wir berechtiget waren, unser Vermögen am 30. October 1820 baar bei Gericht zu erheben, daß sich aber in der Depositen-Casse Nichts von Baarschaft befand, womit unsere Befriedigung hätte bewerkstelliget werden können.

Daß unsere gütlichen Vorstellungen an die höchste Administrativ-Stelle um Ersatz-Leistung fruchtlos blieben, haben wir schon früher nachgewiesen, daher ist unsere Klage in jeder Hinsicht gerechtfertiget.

Wir bitten, den königl. Fiscus zu verurtheilen, uns die Summe von 675 fl. 14 kr. 1 pf., welche in deposito judiciali des Landgerichtes J. sich befand, und am 30. October 1820 noch baar hätte vorhanden seyn sollen, nebst dem Interesse hievon von dem nämlichen 30. October 1820 anfangend nach dem landesüblichen Zins-Fuße à 5 0/0 baar heraus zu bezahlen, und uns alle Kosten zu ersetzen.

§. 12.

Exception.

Die Brüder A. treten mit der Actio depositi gegen den königl. Fiskus auf, und verlangen von dem Letzteren die Zahlung von 675 fl. Depositen sammt Verzugs-Zinsen vom 30. October 1820 angefangen.

Fiscus widerspricht vordersamst die Existenz eines Depositai-Defectes, für welchen er einzustehen hat.

In dem vorgelegten Extracte aus dem landgerichtlichen Depositen-Buche ist der Betrag der in deposito vorhandenen Baarschaft auf 72 fl. 9 kr. 2 1/2 pf. angegeben; in dem Extracte aus dem Protocolle der Depositen-Untersuchungs-Commission auf 12 fl. 39 kr., in den Bemerkungen vom Assessor H. ohne Datum theils auf obige 72 fl. 9 kr. 2 1/2 pf., theils auf 75 fl. 14 kr. 1 pf.

Diese Widersprüche in Verbindung mit § 16. der Proceß-Novelle motiviren das Verlangen, daß Kläger vor Allem die Existenz und Größe des Depositai-Defectes rechtsförmlich erweise, welchen er dem Landrichter resp. der Depositen-Casse des königl. Landgerichts J. Schuld gibt. Dem königl. Fiscus wird das Recht vorbehalten, diesem Beweise reprobando zu begegnen.

Was die 600 fl. betrifft, deren Verausgabung an K. die Kläger beanstanden wollen, so ist durch ihr eigenes Geständniß in der älteren und neueren Klage, dann den Beilagen a. und b. zu letzterer, hergestellt, daß diese Verausgabung von dem Landgerichte nicht als Depositai-Behörde, sondern als Obervormundschaft geschah; auf sie hat daher Alles An-

wendung, was in dem Erkenntnisse des königl. Appellations-Gerichtes vom 5. October 1827, confirmirt am 10. Jänner v. J. hierüber gesagt ist. Da hiernach rechtskräftig die Abweisung des Antrages der Kläger, den königl. Fiscus für die Ausgabs-Post tenent zu erklären, ausgesprochen ist, so wäre jedes weitere Wort hierüber völlig überflüßig.

Die Verzugs-Zinsen-Forderung belangend, erhellet von selbst, daß von einer Mora des königl. Fiscus nur von dem Momente an die Rede seyn könnte, wo die Existenz eines Depositat-Defectes, den Fiscus zu decken hätte, durch eine mit Gehör der Interessenten verfaßte Depositat-Rechnung festgestellt worden wäre, da eine Mora malam fidem voraussetzt, diese aber für Fiscus als dritte Person erst von diesem Augenblicke an gegeben wäre.

Conf. Cod. civ. P. II.

Cap. 2. § 10.; Cap. 3. § 20., abgesehen davon, daß die Gesetze dem Fiscus als Minorennen die Restitution gegen jede Mora an Handen geben.

Cod. Civ. P. IV. Cap. 4. § 14. Not. 2. lit. e.

Da nun aber, wie die im Eingange hervorgehobenen Widersprüche beweisen, eine solche Depositat-Rechnung auch dermalen noch nicht vorhanden ist, so liegt die Verwerflichkeit der Zinsen-Foderung klar zu Tage.

Mit generelem Widerspruche der ganzen Klage verbinde ich das Petitum:

den königl. Fiscus von der imputirten Haftung für die Ausgabs-Post per 600 fl. sogleich definitive zu entbinden, im Übrigen den Klägern den Beweis der Existenz des behaupteten Depositat-Defectes von 75 fl. 14 1/4 kr. zu übertragen.

§ 13.

Replik.

Das königl. Finanz-Fiscalat konnte unserer Klage Nichts als — widersprechen; allein ein solcher Widerspruch ist ganz zwecklos und vermehrt bloß die Kosten. Es wurde uns zwar der Wink gegeben, wir sollen den Beweis sogleich anticipi-

ren; allein wir sind der Meinung, daß es eines eigentlichen Beweis-Mittels gar nicht mehr bedürfe, wie wir sogleich deduciren werden.

Unsere Klage stützt sich lediglich auf die derselben beigelegten Urkunden, und die hiedurch nachgewiesenen Thatsachen.

Nach Cod. jud. cap. 11. § 5. müssen alle Documente, worauf sich die Klage gründet, derselben in Abschrift beigelegt werden, und nach § 7. desselben Capitels hat sich der Beklagte gleich in der ersten Antwort, ohne Unterschied, ob das Document auf ihn selbst oder auf einen Andern laute, deutlich und zuverläßig zu erklären, ob er die Documente recognosciren, diffitiren, oder ein so anderes bis zur Original-Production ausgestellt seyn lassen wolle, und im Falle sich auf Keines von allen Dreien erklärt wird, solle das Document ohne weitere Commination pro recognito gehalten seyn.

Nun hat das königl. Fiscalat zwar unserer Klageschrift den allgemeinen Widerspruch entgegengesetzt; allein die derselben beigelegten Urkunden, welche als Documenta publica ohnehin keine Diffession leiden, weder diffitirt, noch sich die allenfallsige Einwendung bis zur Original-Production vorbehalten; daher sind diese Documente, von welchen das Fiscalat sich selbst auf einige bezieht, durchgehends für anerkannt zu erachten; und da dasjenige, was bei Gericht schon bekannt ist, keines Beweises mehr bedarf, so sehen wir gar nicht ein, zu welchem Ende uns noch eiu Beweis auferlegt werden soll, da die Wahrheit unsers Klage-Fundamentes bereits urkundlich nachgewiesen, unsere Klage aber nur das nothwendige Resultat oder die rechtliche Schluß-Folge der — durch die Klags-Beilagen nachgewiesenen Thatsachen ist.

Das Protocoll der königl. Appellations-Gerichts-Commission über die Depositen-Untersuchung vom 2. März 1822 beweist vollständig, daß nach Nro. 105. des Märktischen Depositen-Buches in verschiedenen Posten vom 8. März 1814 bis zum 9. September 1820 zusammen 1725 fl. 24 kr. 3 pf. für die A.'schen Kinder ad depositum judiciale des königl. Landgerichts J. gekommen seyen, und daß diese Behörde eine gleich große Summe von sich zu rechnen habe. Nun sucht

aber die Depositions-Behörde sich durch Papiere über 1725 fl. 45 kr. 3 dl. auszuweisen, indem sie den baaren Depositat-Rest nur auf 12 fl. 39 kr. angibt. Da aber das Geld für uns baar erlegt wurde, so können wir es allerdings auch baar zurückfodern; denn wir haben die Depositions-Behörde nicht ermächtiget, unsere Gelder auf eine ihr beliebige Weise zu verwenden. Dem Depositar steht kein Verfügungs-Recht über die ihm bloß zur Sicherheit anvertrauten Gelder zu, und er muß dieselben so, wie er sie empfangen hat, in natura zurück geben. Kann er dieß nicht, so muß er den vollen Ersatz nebst Zinsen leisten, und wird willkührlich bestraft. Dieses ist die gesetzliche allein gültige Bestimmung über die Pflichten des Depositars.

Wenn wir auch alle übrigen unter dem Rubrum vorgetragenen Positionen anerkennen wollen, so extendirt sich doch dieses freiwillige Anerkenntniß nicht auf jenes Papier, welches uns für die Summe von 600 fl. an Capital und 30 fl. Zinsen in einer Foderung an den Weißgärber Anton K. in V. überwiesen werden will, indem das Depositen-Amt sich eine Verfügung über unser Vermögen erlaubte, wozu es unter keinem Vorwande berechtigt war, daher es um den Ersatz in Anspruch genommen wird.

Das kön. Fiscalat glaubt diese Ersatzverbindlichkeit damit wegraisoniren zu können, daß es sagt, wir haben selbst eingestanden (?), daß diese Verausgebung von dem Landgerichte J. nicht als Depositat-, sondern als Vormundschafts-Behörde geschehen sey; allein eines Theils ist diese Einrede nicht wahr, denn in unserer Klage-Schrift vom 17. Jän. d. J., um deren Entscheidung es sich gegenwärtig handelt, ist diese Angabe so wenig enthalten, als in der frühern Klage, daher dieses falsche Allegat unberücksichtiget bleiben muß; und anderen Theils ist eine solche Zersplitterung eines öffentlichen Amtes in verschiedene unsichtbare Unterabtheilungen ein wahres Non-ens, ein durch gar kein Gesetz begründetes Phänomen.

Es gibt nur Einen dirigirenden Landrichter, und sobald derselbe irgend ein Geld von wem immer in Empfang nimmt, erscheint er als Depositions-Beamter, und muß als solcher

handeln und seine Handlungen den gesetzlichen Bestimmungen anpassen. So lange er das Geld in seinem Gewahrsame hat, ist und bleibt er Depositarius, und erst, wenn er das Geld aus den Händen läßt, hört er auf, Depositar zu seyn. Da er für das Depositum und der Staat für ihn als Depositar haften muß, so muß er sich strenge an die Vorschrift halten, das Depositum an Niemanden auszubezahlen, außer an den Eigenthümer oder den von ihm zur Empfangnahme Ermächtigten.

Dieser Vorschrift hat die Deposital-Behörde resp. der königl. Landrichter von P. entgegen gehandelt, und das Geld Jemandem hinaus bezahlt, der von uns zur Empfangnahme nicht ermächtiget war. Durch diese meine Darstellung verliert der Kunstgriff, die Deposital-Behörde durch eine Art von Zauberei in eine Vormundschafts-Behörde verwandeln zu wollen, allen Werth. Wir haben es nicht mit verschiedenen Behörden zu thun, sondern mit ein- und demselben Amte und Beamten, welcher, so lange er Depositа annimmt, Depositar, und wenn er für das Wohl der Pupillen sorgt, Obervormundschafts-Beamter ist.

Wir waren zu jener Zeit, als die 1725 fl. für uns vollends erlegt wurden, bereits volljährig, und bedurften weder eines Vormundes, noch weniger eines Obervormundschafts-Amtes; für uns hatte das Landgericht J. diese Eigenschaft schon seit einigen Jahren verloren; es ist daher ganz falsch, daß jemand Anderer, als die Depositions-Behörde das uns zugehörige Geld, ohne uns zu fragen, verwendet, und an K. ausgeliehen habe.

Die Bezugnahme auf eine rechtskräftige Abweisung unserer Klage ist ganz ungeeignet; wir wurden mit unserer principaliter auf Rechnungs-Ablage und nur eventuel auf Ersatz gestellten Klage nur angebrachtermassen oder zur Zeit und so lange abgewiesen, bis wir durch Vorlage der amtlichen Rechnungen den Präjudicial-Punct erwiesen haben würden, daß und welcher Schaden uns durch die Depositions-Behörde zugegangen sey.

Was die Interessen betrifft, so sind diese nicht bloß in mora, sondern in allen jenen Fällen begründet, wo Jemandem durch die Schuld eines Anderen die Möglichkeit, sein Eigenthum zu benützen, entzogen wird. Cod. civ. P. IV. cap. 1. § 20. et cap. 1. §. 7. in not. Nro. 4. lit. g. Der Depositar beging Culpam latam, indem er, anstatt uns nach erreichter Volljährigkeit unser Vermögen herauszugeben, solches willkührlich zu fremdartigen Zwecken verwendete, und das allegirte Gesetz handelt nur von der Lex commissoria, und ist in concreto durchaus nicht anwendbar, denn der Zinsen-Entgang ist ein Haupttheil unseres Schadens.

Der Fiscus muß ganz in die Stelle des schuldhafthandelnden Beamten einstehen und kann sich seiner vermeintlichen Privilegien gegen uns nicht bedienen.

Wir belegen die Exception mit dem generelen Widerspruche und wiederholen die Klage-Petiten

§ 14.

Duplik.

Der königl. Fiscus hat in seiner Erinnerung wider die oben genannte Klage die Existenz eines Deposital-Defectes überhaupt und das ganze Vorbringen der Libellanten im Allgemeinen widersprochen.

Diese Widersprüche bestreiten schon an sich die Annahme einer Agnition der Urkunden auf den Grund unterlassener Erklärung darüber. Es wurde aber in der Exception ausdrücklich gerügt, daß einer der von ihnen vorgelegten Ausweise einen angeblichen Abgang von 72 fl., der andere einen solchen von 12 fl., der dritte einen von 75 fl. als Resultat aufstellt.

Wollen die Kläger die Bestimmung

„Cod. jud. cap. 11. § 20. sind einander widersprechende „Urkunden von einer und derselben Partei freiwillig pro„ducirt worden, so macht keine von allen Beweis, son„dern es wird vielmehr eine durch die andere ohne Un„terschied entkräftet“ —

zu Gemüthe führen, so müssen sie sich selbst gestehen, daß in dem gegebenen Falle, wo das Gesetz die Urkunden vorhinein verdammt, ein specieler Vorbehalt durchaus überflüßig gewesen wäre.

Der Proceß hat auf diese Art dieselbe Lage genommen, als wenn die Kläger mit dem ersten Schrift-Satze gar kein Document vorgelegt hätten; Fiscus konnte denn, wie jetzt auch, kurzweg den Beweis des eingeklagten Defectes fodern.

Belangend das an den K. ausgelegte Capital von 600 fl., so bleibt es bei der opponirten Einrede der abgeurtheilten Sache und des unrecht gewählten Beklagten. Da diese schon einmal durchgeführt uud in den Entscheidungs-Gründen des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 5. October 1827 umfassend gewürdiget ist, so enthalte ich mich weiteren Anbringens.

Hinsichtlich alles Übrigen lege ich unter Bezugnahme auf die Exception generelen Widerspruch ein.

§ 15.

Am 12. Febr. 1831 erkannte das königl. Appellations-Gericht zu Recht:

1. „Die Kläger haben binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist „rechtlicher Ordnung nach zu beweisen:
„daß ihnen das kön. Landgericht J. von ihrem dort hin-„terlegten Vermögen außer den am 3. Mai 1819 an „den Weißgärber Anton K. zu V. hingeliehenen 600 fl. „Capital noch weiter ein Depositum zu 75 fl. 14 kr. 1 pf. „oder wie viel weniger haftend geblieben sey; dagegen
2. „bezüglich der an Anton K. hingeliehenen 600 fl. — seyen „die Kläger mit ihrer neuerlichen Klage vom 7. praef. „27. Jan. 1831 ebenfalls angebrachter Massen abzuweisen;
3. „der Ausspruch in Ansehung des Kostenpunctes bleibe zur „Zeit noch ausgesetzt.“

Entscheidungs-Gründe.

Schon in den Gründen des dießseitigen Erkenntnisses vom 5. October 1827 ist unter Anderem angeführt worden: Was die an Weißgärber K. ausgeliehenen 600 fl. anbelange, so

dringen sich dießfalls folgende Erwägungen auf. Der königl. Fiscus soll für dieses Capital deßhalb haften, weil das kön. Landgericht J. die fraglichen 600 fl. — ohne alle Sicherheit an den Weißgärber K. ausgeliehen habe, und dieses Capital mit dem Verluste bedroht sey, dann weil das Ärar nach der Meinung der Kläger für alle Handlungen der Beamten principaliter haften müsse. Dieser letzterwähnte Rechtssatz sey nirgends in den Gesetzen ausgesprochen. Bei Depositen unterliege die principale Haftung des Fiscus keinem Zweifel; aber man würde offenbar zu weit gehen, wenn man annehmen wollte, daß der Fiscus für alle Handlungen, also auch für alle Mißgriffe und Excesse der Beamten zu haften habe. Wolle man die gesetzlichen Bestimmungen über das Mandat analog anwenden, so gelange man vielmehr zu dem Resultate, daß der Fiscus für die Excesse der Beamten in der Regel nicht in Anspruch genommen werden könne; denn bei dem Mandate gelte der Grundsatz, daß der Principal durch die Handlung des Mandatars nicht obligirt werde.

Der kön. Fiscus haftet nur für jene Handlungen seiner Beamten, welche sie innerhalb ihrer amtlichen Befugnisse ausüben, keineswegs aber für Excesse.

Cod. civ. P. IV. Cap. 9. § 8.

Das kön. Landgericht J. möge allerdings die fraglichen 600 fl. für die A.'schen Geschwister nicht sicher genug angelegt haben; die einschlägigen Debit-Acten bewähren in der That, daß dieses Capital wenigstens zum Theile mit Verlust bedroht sey. Allein nach dem Vorbringen der Kläger liege kein zureichender Grund vor, aus welchem der Fiscus für jenen Mißgriff principaliter haften sollte. Das gedachte Landgericht habe als obervormundschaftliche Behörde gehandelt; wenn auch die Gebrüder Max und Bernhard A. zur Zeit jener Capitals-Ausleihung schon großjährig gewesen seyen, so sey doch ihr Verhältniß zur Obrigkeit das Nämliche geblieben, in so ferne sie die Herausgabe ihres Vermögens nach erreichter Großjährigkeit nicht sogleich reclamirt, und dadurch sich stillschweigend die Fortdauer der obervormundschaftlichen Respicienz und Verwaltung haben gefallen lassen. Nun bestimmen aber das

Land-Recht P. I. cap. 7. § 29.,

daß die Obrigkeit selbst dem Pupillen hafte, wenn dieselbe an ihrem obervormundschaftlichen Amte etwas ermangeln lasse und dem Pupillen hiedurch ein Schaden zugehe. Von einer principalen Haftung des Fiscus in einem solchen Falle komme nirgends in den Gesetzen Etwas vor. Nach den oben allegirten Bestimmungen über das Mandat dürfte sogar der Zweifel entstehen, ob der Fiscus in einem solchen Falle überhaupt zu haften habe? Wenn man aber auch annehmen wolle, daß eine Subsidiar-Haftung des Fiscus gegründet sey, so sey die vorliegende Regreß-Klage doch auf jeden Fall zur Zeit unstatthaft, da die Kläger mit ihren Ansprüchen vorerst gegen den Weißgärber K. und resp. die Landrichter P.'sche Verlassenschafts-Masse auftreten müßten.

Der oberste Gerichts-Hof des Königreiches hat das dießseitige Erkenntniß am 10. Januar 1829 bestättiget, und in den Gründen wird unter Anderem gesagt: Es sey zwar richtig, daß die von den Klägern verlangte Nachweisung ein bei Gericht hinterlegtes Vermögen betreffe, und daß der Staat für dasselbe nach den bestehenden Verordnungen principaliter zu haften habe, wenn den beiden A. durch ein schuldhaftes Verfahren der Depositions-Behörde hieran ein Nachtheil zugegangen sey; allein eben deßwegen verstehe sich diese Haftung nur in so ferne, als ein solcher Nachtheil wirklich eingetreten sey, was sich aber erst aus einer herzustellenden Rechnung ergeben könne. Diese Rechnungs-Stellung sey daher ein präjudicieler Gegenstand für die Haftung des Staates, weil eine hierauf gerichtete Klage für den Fall, wenn sich nach abgelegter Rechnung kein aus Verschulden des Gerichtes herrührender Abgang an dem hinterlegten Vermögen zeigen sollte, von selbst hinwegfalle u. s. w.

Bei der schon unter der Amtirung des königl. Landrichters P. am 30. October 1820 gestellten Endvormundschafts-Rechnung hielt sich das königl. Landgericht J. zu einer weiteren Rechnuns-Stellung über das Vermögen der Kläger nicht verpflichtet, und wies sie mit ihren deßfallsigen Anträgen ab.

Auf hierorts angebrachte Beschwerde wurde am 6. Nov. 1829 beschlossen:

1. daß die Querulanten mit ihrer beim kön. Landgericht J. eingereichten Imploration vom 18. Mai 1829, in so weit dieselbe die Beanständigung der an Weißgärber K. geschehenen Capitals-Ausleihung zum Gegenstande habe, abzuweisen seyen, wobei aber denselben unbenommen bleibe, in dieser Hinsicht ihre Rechte contra quemcunque zu verfolgen;

2. daß das königl. Landgericht J. anzuweisen sey;

a) den Bierbrauers-Söhnen Max und Bernhard A. hinsichtlich der Baarschaft, welche für sie nach der vom Landrichter P. angefertigten Endes-Vormundschafts-Rechnung vom 30. October 1820 mit einem Betrage von 75 fl. 14 kr. 1 pf. in depositio judiciali vorhanden seyn soll, weitere Rechnung zu stellen, resp. denselben in dieser Hinsicht einen vollständigen Depositen-Buchs-Extract mitzutheilen, und

b) denjenigen Betrag, welcher unstreitig als Depositum der Querulanten noch vorhanden sey, an dieselben unverzüglich auszuhändigen, wobei übrigens den Querulanten hinsichtlich des allenfallsigen Abganges an der Summe per 75 fl. 14 kr. 1 pf. so wie hinsichtlich der seitdem 30. October 1820 verfallenen Zinsen alle Rechte contra quemcunque vorbehalten bleiben.

Hierauf sind nun Max und Bernhard A. am 17. praes. 27. Januar 1830 gegen den königl. Fiscus hierorts mit einer neuen Klage puncto depositi eingekommen, und stellen den Antrag: den königl. Fiscus zu verurtheilen, an sie die Summe von 675 fl. 14 kr. 1 pf., welche sich in depositio judiciali des Landgerichtes J. befunden haben, und am 30. Oct. 1820 noch baar hätten vorhanden seyn sollen, nebst dem Interesse hievon von dem nämlichen 30. October 1820 angefangen nach 5 Procent baar heraus zu bezahlen und ihnen alle Kosten zu ersetzen.

Die Kläger stützen ihre Bitte im Wesentlichen auf folgendes Anbringen. Aus der Endes-Vormundschafts-Rechnung vom 30. October 1820 ergebe sich, daß ihr Vermögen damals 675 fl. 14 kr. 1 pf. betragen habe. Das kön. Land-

gericht J. nenne diese Rechnung selbst die Endes-Vormundschafts-Rechnung, weil Kläger zu jener Zeit bereits großjährig gewesen und der Grund der ferneren Deponirung und vormundschaftlichen Verwaltung bereits aufgehört gehabt. Es hätte sie daher dortmals vorladen und ihnen ihre Erklärung über die Genehmigung der vormundschaftlichen Vermögens-Verwaltung abfodern, und ihnen das in Deposito befindliche Vermögen herausgeben sollen. Allein es sey weder das Eine, noch das Andere geschehen, und das Landgericht J. habe sich selbst die Möglichkeit entzogen, ihnen das Depositum herauszubezahlen, indem es schon ein Jahr vor Ablage der Endes-Vormundschafts-Rechnung, ohne ihre Einwilligung zu erholen, die Summe von 600 fl. dem Anton K. zu 5 0/0 verzinslich vorgeliehen, daher es sie bei der Endes-Vormundschafts-Rechnung mit 600 fl. an K. habe anweisen wollen, welche Anweisung sie aber nicht haben annehmen können, indem dieses Geld ohne ihr Zuthun gar nie e depositio habe genommen, minder einem gantmäßigen Schuldner vorgeliehen werden dürfen. Der Staat habe für alle Depositen die primäre Haftung übernommen. Das Factum depositionis liege unwidersprechlich vor, und daß das Geld nicht mehr in natura vorhanden sey, habe das königl. Landgericht J. selbst einbekannt u. s. w.

Der kön. Fiscus erinnert gegen die Klage: Er widerspreche zuvörderst die Existenz eines Depositat-Defectes, für welchen er einzustehen habe. In dem vorgelegten Extracte aus dem landgerichtlichen Depositen-Buche sey der Betrag der Baarschaft, welche in depositio vorhanden seyn soll, auf 72 fl. 9 kr. 2 1/2 pf. angegeben, in dem Extracte aus dem Protocolle der Depositen-Untersuchungs-Commission auf 12 fl. 39 kr.; und in den Bemerkungen von Assessor H. ohne Datum theils auf obige 72 fl. 9 kr. 2 1/2 pf., theils auf 75 fl. 14 kr. 1 pf.; Es liege daher den Klägern ob, vor Allem die Existenz und Größe des Depositat-Defectes, welchen sie dem Landrichter P., resp. der Depositen-Casse des Landgerichtes J. Schuld geben, rechtsförmlich zu erweisen. — Was die 600 fl. betreffe, deren Verausgabung an K. die Kläger beanständen

wollen, so sey durch ihr eigenes Geständniß hergestellt, daß diese Verausgabung vom Landgerichte nicht als Depositał-Behörde, sondern als Obervormundschaft geschehen sey. Auf sie habe daher Alles Anwendung, was in dem Erkenntnisse des königl. Appellations-Gerichtes vom 5. October 1827, confirmirt am 10. Januar 1829 hierüber gesagt sey. Da hienach bereits rechtskräftig die Abweisung des Antrages der Kläger, den königl. Fiscus für diese Ausgaben-Post tenent zu erklären, ausgesprochen sey, so wäre jedes weitere Wort hierüber überflüßig.

So viel rücksichtlich des Anbringens der Parteien in der Hauptsache. Was nun den Rest des eingeklagten Depositum nach Abzug der an Anton K. hingeliehenen 600 fl. mit 75 fl. 14 kr. 1 pf. betrifft, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der königl. Fiscus hiefür principaliter zu haften habe, sobald ihr Betrag richtig gestellt oder erwiesen vorliegen wird; und es ist dieß selbst von Seite des königl. Fiscus nicht in Abrede gestellt. Allein er widerspricht diesen Defect eines Depositum und auch die von Seite der Kläger allegirten Documente stehen wenigstens rücksichtlich des Betrages unter sich im Widerspruche. Es liegt daher den Klägern um so mehr ob, den Beweis dieses Depositał-Betrages zu übernehmen, als die bloße Anführung der Urkunden in den ersten Verhandlungen gemäß § 16. des Gesetzes vom 22. Juli 1819 für einen freiwilligen Antritt des Beweises nicht zu achten ist, und dem kön. Fiscus auch das Recht zur Führung eines Gegenbeweises nicht entzogen werden kann. Dabei versteht es sich von selbst, daß den Klägern unbenommen bleibt, die ihrer Klage beigelegten Documente bei der Beweis-Führung wieder zu benützen.

Die Kläger nehmen aber auch ferner diejenigen 600 fl., welche an Anton K. zu V. sind hingeliehen worden, schon dermalen vom königl. Fiscus in Anspruch. Zwar kann nicht geläugnet werden, daß der kön. Fiscus auch für die Handlungen seiner Beamten einzustehen und den Schaden zu vergüten habe, welcher durch schuldhaftes Verfahren der Ämter in ihrem Wirkungs-Kreise Jemanden zugeht; besonders gilt

dieß in Ansehung gerichtlich deponirter Gelder; jedoch versteht sich die Haftung auf Seite des kön. Fiscus nur in so ferne, als ein solcher Nachtheil wirklich eingetreten ist. Nun gestehen die Kläger selbst zu, daß das königl. Landgericht J. bei der Ausleihung der fraglichen 600 fl. als Obervormundschafts-Behörde, und der königl. Landrichter P. gleichsam als Protutor hiebei gehandelt habe; sie gestehen ferner zu, daß das kön. Landgericht sogar verbunden war, in seiner Eigenschaft als Obervormundschafts-Behörde die für sie Kläger deponirten Gelder fructificirlich anzulegen; nnd eben deßwegen nehmen sie auch den Entgang der Zinsen in Anspruch. Das königl. Landgericht J. hat daher nicht gesetzwidrig gehandelt, daß es die 600 fl. verzinslich ausgeliehen hat; und es kann sich folglich nur darum fragen, ob und wie viel an dieser Foderung durch Versehen oder Verschulden der Depositions- oder Obervormundschafts-Behörde verloren sey. Nun behaupten aber die Kläger selbst nicht, daß die an Anton K. hingeliehenen 600 fl. gänzlich verloren seyen, und die dießfallsigen Debit-Acten weisen nach, daß auch nur ein Theil dieser Foderung mit Verlustes-Gefahr bedroht sey. Das Quantum des Verlustes ist noch immer nicht ganz richtig gestellt; wenigstens von den Klägern noch immer nicht angegeben, wie viel ihr Verlust wirklich betrage? Die Klage erscheint daher in dieser Hinsicht zur Zeit noch nicht gehörig substancirt, und eignet sich folglich angebrachter Massen zur Abweisung.

Die Kläger sind zwar der Meinung, daß der kön. Fiscus sogleich ohne weiters für die ganze Summe zu haften hätte, und beziehen sich deßhalb auf die

Verordnung vom 24. October 1796 — M. G. S. Band VI. S. 36. Nro. III.; Verordnung vom 9. Juli 1802 — bayer. Rggs.-Bl. von 1802 S. 514. Verordnung v. 3. Dec. 1811 — Rggs.-Bl. von 1811 S. 1794; Verordnung vom 2. Juni 1815 — Rggs.-Bl. von 1815 S. 441; dann auf die Beilage IV. § 63. und Beilage VI. § 59. zur Verfassungs-Urkunde.

Allein alle diese Verordnungen und gesetzlichen Bestimmungen handeln einerseits nur von solchen Depositen und hin-

terlegten Geldern, welche bei Gericht lediglich zur Aufbewahrung übergeben worden und daher baar vorhanden seyn sollten, oder welche an die Staats- und resp. Schulden-Tilgungs-Cassen eingesendet worden, und andererseits von den Haftungen des königl. Fiscus und der Gerichts-Herren für den aus Amts-Handlungen ihrer Beamten entstehenden Schaden. Es versteht sich aber immerhin von selbst, daß dieser Schaden von den Betheiligten vorerst nachgewiesen seyn muß.

Aus diesen Gründen rechtfertiget sich der Ausspruch in der Hauptsache; sohin in den beiden ersten Puncten. Es leuchtet übrigens von selbst ein, daß sich darüber, ob und in wie ferne die Kläger wegen des zum Beweise ausgesetzten Depositat-Betrages zu 75 fl. 14 kr. 1 pf. Verzugs-Zinsen fodern können, erst beim Endurtheile ausgesprochen werden kann.

Auch der Ausspruch über den Kosten-Punct muß bis dahin ausgesetzt bleiben. Es war daher im Ganzen, wie geschehen, zu erkennen.

§ 16.

Hiegegen ergriffen die Brüder A. am 25. März 1831 die Berufung wie folgt:

Der hohe Gerichtshof I. Instanz wiederholt vor Allem die Entscheidungs-Gründe zu seinem früheren Erkenntnisse vom 5. Oct. 1827, und glaubt hierin schon im Voraus nachgewiesen zu haben, daß unsere Klage auf die Art, wie wir sie anstellten, nicht begründet sey; allein jedem unbefangenen Beurtheiler der Sache dringt sich bei dem ersten Anblicke die unwiderstehliche und unwiderlegbare Überzeugung auf, daß, wenn auch Euere ꝛc. jene Sentenz im Texte bestättiget haben, diese Bestättigung gleichwohl aus ganz anderen Entscheidungs-Gründen erfolgt sey.

Das allerhöchste Erkenntniß vom 10. Jän. 1829 enthält ganz allein die wahren Gründe, aus welchen unsere erste Klage so, wie sie angebracht, verworfen wurde, und zugleich enthält es eine Angabe dessen, was zu gehöriger Substanciirung unserer Klage allein erfoderlich gewesen wäre, und noch

als wesentliches Requisit erscheine, wenn die Klage erneuert werden wolle.

Wir hatten daher den beßten Grund, uns lediglich an die Entscheidungs-Gründe des oberstrichterl. Ausspruches zu halten, und zwar um so mehr bloß hieran, als weder in dem erwählten Erkenntnisse, noch in den Entscheidungs-Gründen sich auf jene der ersten Instanz bezogen wurde, und als auch bei der flüchtigsten Vergleichung dieser beiderlei Entscheidungs-Motive sich ergibt, daß sie von einer ganz verschiedenen Beurtheilung der Sache ausgehen, und daß der oberste Gerichts-Hof die Ansicht, worauf das Gericht I. Instanz seine Abweisung gründete, nicht gebilliget und nicht zu seiner eigenen Ansicht gemacht habe.

Wir finden uns daher mit vollem Rechte beschwert, wenn das kön. Appell.-Gericht in seiner jüngsten Entscheidung wieder ganz auf seine ersten Entscheidungs-Gründe, welche doch schon als verworfen und mißbilliget anzusehen sind, zurückkehrt, und die der oberstrichterl. Entscheidung unterstellten Gründe gleichsam nur flüchtig berührt.

Wir glauben, die bestimmte Behauptung aussprechen zu dürfen, daß wir den Anfoderungen der allerhöchsten Sentenz vom 10. Jän. 1829 vollständig entsprochen, und durch die — nicht diffitirten Rechnungen des kön. Landger. J. als Depositions-Behörde bereits vollständig nachgewiesen zu haben, daß dieses Amt die von uns eingeklagte Summe depositionsweise wirklich empfangen, um sie von sich zu rechnen, sich jedoch hiemit eine Verfügung erlaubt habe, welche ihm als bloßem Depositar nicht zustand.

Um diese wohlbegründete Klage zu beseitigen, blieb dem kön. Finanz-Fiscalate nichts Anderes übrig, als wieder zu einem Mittel zu greifen, welches zwar wegen seines Scharfsinnes bewundert werden mag, allein sich von den Grundsätzen des Rechtes gänzlich entfernt. Es will nämlich die Sache dahin distinguiren, das Landger. J. habe nicht in seiner Eigenschaft als Depositions-Behörde, sondern als Vormundschafts-Behörde die 600 fl. an Ant. K. ausgeliehen!

Eine solche Wendung, vielmehr offenbare Verdrehung scheint uns aber ein — der ächten Rechts-Vertheidigung ganz unwürdiger Versuch.

Der Depositions-Beamte kann und darf nach seinen aufhabenden gesetzlichen Pflichten nichts Anderes thun, als das hinterlegte Geld auf Verlangen augenblicklich dem nämlichen restituiren, welcher es ihm anvertraut hat.

Unsere Vormünder erlegten das Geld für uns, während wir minderjährig waren; der Depositions-Beamte darf demnach das Geld niemand Anderem, als unserem Vormunde, oder nach erreichter Großjährigkeit uns selbst herausgeben; er ist nicht berechtiget, es sich selbst in seiner zweiten Gestalt als Obervormundschafts-Beamter zu übergeben, weil ihn Niemand hiezu autorisirte. Wenn man daher auch einen solchen Kleider- oder Rollen-Tausch als zuläßig annehmen wollte, so fällt in concreto der Fehler doch immer auf den Depositions-Beamten zurück, weil er sich selbst als Vormundschafts-Beamter nicht trauen durfte, und nicht befugt war, sich in seiner anderen Gestalt das Geld anzuvertrauen. Wie hätte denn der Vormundschafts-Beamte das Geld in seine Hände bekommen, wenn es ihm der Depositions-Beamte nicht gegeben, sondern pflichtmäßig verweigert hätte? Der Fehler fällt daher immer auf das Depositen-Amt, und für dieses muß der Staat indistinctim et primarie haften.

Ganz unjuridisch ist die Ausflucht, der Staat dürfe für einen Fehler des Beamten nicht haften; denn, wenn jeder Beamte sich streng an seine Pflicht hält, so ist es gar nicht denkbar, daß ein Depositum zu Verlurst gehe. Nur durch dolose oder culpose Handlungen des Beamten entsteht die Möglichkeit eines Depositen-Verlurstes; wenn nun der Staat für die Depositen-Defecte primarie haften muß, so entsteht doch die Frage, welchen Sinn dieses Gesetz habe, wenn es in allen jenen Fällen nicht anwendbar wäre, wo ein Beamter einen Amts-Exceß begangen hat, in dessen Folge das Depositum zu Verlurst ging?

Das kön. Appell.-Ger. führt als einen besondern Grund unserer Abweisung an, daß der kön. Fiscus nur für jenen durch seine Beamten zugefügten Schaden zu haften habe, welcher als ein solcher Nachtheil wirklich eingetreten sey, was aber in concreto noch nicht der Fall sey, weil von uns selbst nicht behauptet wurde, daß das K.'sche Capital schon wirklich und ganz verloren gegangen sey! allein diese — dem Gerichtshofe durch das Fiscalat beigebrachte Ansicht ist offenbar irrig, und ist eine jener Waffen, welche sich das Fiscalat angeeignet hat, um jede Art von Klage-Ansprüchen zu widerlegen.

Hätten wir zuerst den A. K. geklagt, so hätte das kön. Fiscalat uns die Einrede entgegen gesetzt, daß die vorangegangene Einklagung des Principal-Schuldners einen Verzicht auf die Klage gegen den Fiscus enthalte.

Der uns zugegangene Nachtheil besteht offenbar darin, daß wir nicht im Stande waren, unser — der Obrigkeit anvertrautes Geld bei derselben in instanti zu erheben und fructificirlich zu machen. In dem ganzen Capitel des Land-Rechtes, in welchem das Depositum abgehandelt wird, steht nicht geschrieben, daß der Depositar berechtiget sey, die deponirten Gelder auszuleihen, und daß der Deponent, wenn er sein Depositum zurückfodere, erst Jene klagen müsse, in deren Hände der untreue Depositar es gelegt hat. Wir erkennen aber keinen anderen Entscheidungs-Maaßstab über uns an, außer das Gesetz; am wenigsten aber die unerschöpfliche Quelle des Exceptionen-Reichthumes des kön. Fiscalates.

Wir haben zur Begründung unserer Klage Nichts nachzuweisen als das Quantum depositi durch Vorlage der amtlichen Rechnung. Diese Vorlage ist bereits geschehen, die von uns producirten Rechnungen und Extracte der Depositen-Behörde sind nicht widersprochen worden, und können als Documenta publica ohnehin keiner Diffession unterliegen. Höchstens könnte man auf Verlangen die Original-Production anordnen, allein das Fiscalat hat weder hierauf angetragen, noch eine — dem Cod. jud. cap. 11. § 7. entsprechende Erklärung abgegeben. Der Inhalt der Urkunden ist demnach

als anerkannt anzusehen, und jede Beweis-Auflage ist überflüßig; denn was schon anerkannt ist, bedarf keines Beweises mehr.

Eine Ausscheidung unseres nachgewiesenen Depositi in die Summe von 600 und von 75 fl. 14 kr. 1 pf. ist dem Gesetze eben so fremd, mithin unstatthaft, als die ganz neue Behauptung des Judicis a quo, daß die von uns allegirten Verordnungen nur auf jene Depositen Bezug haben, welche an die Schulden-Tilgungs-Casse eingefodert worden seyen!

Wir bitten daher: den kön. Fiscus unseren Klage-Petiten durchgehends entsprechend in Haupt- und Nebensache zu condemniren.

§ 17.

Am 25. Nov. 1834 erkannten das kön. Oberappell.-Ger. zu Recht:

1. Daß die Berufung der Brüder Mark. und Bernh. A. gegen den ersten Absatz des Erkenntnisses des kön. Appellat.-Ger. vom 12. Februar 1831 desert sey,

2. daß bezüglich auf den zweiten Absatz dieses Erkenntnisses der kön. Fiscus salvo regressu contra quemcunque schuldig und gehalten sey, den Klägern und Appellanten M. und B. A. jene 600 fl., welche von dem kön. Landger. J. aus ihrem bei diesem Amte hinterlegten Vermögen dem Weißgärber Ant. K. zu V. am 3. Mai 1819 dargeliehen worden sind, nebst den Zinsen hieraus nach 5 vom Hundert seit dem 25. Sept. 1824 bis zur Zahlung des Haupt-Stockes baar zu entrichten;

3. die Proceß-Kosten dieser Instanz werden compensirt, wovon jedoch der den kön. Fiscus treffende Theil außer Ansatz bleibt.

Entscheidungs-Gründe.

Zu 1. Durch den ersten Absatz des appellationsgerichtl. Erkenntnisses vom 12. Febr. 1831 wurde den Klägern M. u. B. A. zu beweisen aufgetragen, daß ihnen das kön. Landger. J. von ihrem dort hinterlegten Vermögen außer den am 3.

Mai 1819 an den Weißgärber K. zu V. hingeliehenen 600 fl. Capital noch weiter ein Depositum zu 75 fl. 14 kr. 1 pf. oder wie viel weniger haften geblieben sey.

Gegen diesen Absatz des erstrichterl. Erkenntnisses, welches den Klägern am 21. Febr. 1831 anstatt der Verkündung in Abschrift mitgetheilt worden ist, haben diese ihre Berufungs-Schrift sub. praes. 31. März 1831, also am 38. Tage nach Eröffnung jenes Urtheiles eingereicht. Da jedoch nach Cap. 15. § 6. Nr. 6. der Ger.-O. und nach § 22. des Gesetzes vom 22. Juli 1819 einige Verbesserungen der Ger.-Ord. betreffend, die Berufungs-Schrift gegen ein Beweis-Interlocut binnen 30 Tagen von der Eröffnung des gravirlichen Erkenntnisses an gerechnet sub poena desertionis eingereicht werden muß, und die Gesetze dießfalls das Appellations-Fatale von 30 Tagen auch dann nicht erweitern, wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die vorige Instanz theils definitive theils interlocutorie erkannte, und sowohl gegen das End-Urtheil, als gegen das Beweis-Interlocut appellirt wird, so war wegen Verabsäumung dieses Fatale bezüglich auf den ersten Absatz des appellationsgerichtl. Erkenntnisses vom 12. Febr. 1831 in desertionem appellationis zu erkennen.

Ad 2. Was dagegen den 2ten Absatz jenes Erkenntnisses betrifft, wornach die Kläger bezüglich der an A. K. hingeliehenen 600 fl. mit ihrer neuerlichen Klage vom 7. praes. 27. Jän. 1830 angebrachtermassen abgewiesen wurden, so ergibt sich aus den Acten in vorliegender Streitsache, so wie aus den Beiacten des kön. Landger. J. das Depositum der Bräuers-Söhne Mark. und Bernh. A. und das Debit-Wesen des Weißgärbers A. K. zu V. betreffend, mit Evidenz, daß das kön. Landger. J. von denjenigen Geldern, welche von dem Vermögen der Kläger bei diesem Gerichte als Vormundschafts-Behörde deponirt waren, am 3. Mai 1819 die Summe von 600 fl. dem Ant. K. als ein mit 5 vom Hundert jährlich zu verzinsendes Capital ohne Beiziehung und Einwilligung der damals zwar schon majorennen, aber der Vormundschaft noch nicht entlassenen Kläger und resp. eines Vormundes derselben

dargeliehen habe, und daß hinsichtlich dieses Darlehens oder wenigstens eines Theiles hievon Verlurst-Gefahr um so mehr drohe, als bisher nicht nachgewiesen werden konnte, daß dieses Darlehen gegen gerichtliche Hypothek-Stellung von Seite des Schuldners gemacht wurde, dasselbe sofort als ganz unprivilegirt und unversichert sich darstellt, während es Pflicht des Depositars ist, die deponirte Sache getreulich zu verwahren, und solche auf Verlangen des Deponenten (vorausgesetzt, daß zu deren ferneren Deposition kein besonderer gesetzlicher Grund obwaltet, welcher hier keineswegs vorliegt) demselben jedesmal sogleich und in der nämlichen Specie, wie sie deponirt wurde, wieder herauszugeben, oder sich auszuweisen, daß dieselbe auf eine den Depositar von jeder Haftungs-Verbindlichkeit befreiende Weise bereits hinausgegeben worden sey, Cod. civ. bav. P. IV. cap. 2. § 7. — Da das kön. Land-Ger. J. keineswegs berechtiget war, ohne Einverständniß der Kläger und resp. eines Vormundes derselben (ein solcher wurde nach dem schon vor dem Jahre 1819 erfolgten Ableben des vorigen Vormundes gegen die Vorschrift des bayer. Land-Rechtes Th. I. Cap. 7. § 7. Nr. 1. et § 29. von dieser Obrigkeit gar nicht mehr bestellt) jene gerichtlich deponirten Gelder an wen immer, und am allerwenigsten ohne alle Sicherheit auszuleihen (Conf. Cod. civ. bav. P. I. cap. 12. § 2. und Verordnung vom 9. Juli 1802 § 3. den beständigen Umlauf der Depositen-Gelder betreffend, vid. churpfalzbayer. Regierungs-Blatt vom Jahre 1802 S. 516) daher auch dieses nicht mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommene Ausleihen der befragten 600 fl. das kön. Landger. J. als Depositions-Behörde von der Restitution jener deponirten Gelder keineswegs befreit, und da endlich nach der Verordnung vom 24. Oct. 1796 (von Mayer'sche Generalien-Sammlung Bd. IV. S. 36.) und nach der eben zuvor allegirten Verordnung vom 9. Juli 1802 der Staat für alle bei seinen Staats-Beamten gerichtlich deponirten Gelder unvermeidlich und principaliter haften muß, wobei der von dem kön. Fiscalate in Anregung gebrachte Umstand, daß das kön. Landg. J. bei dem Ausleihen jener Gelder nicht als Depositions-,

sondern als Verlassenschafts-Behörde handelte, der kön. Fiscus aber nach den Anmerkungen zum bayer. Land-Rechte Th. V. Cap. 24. § 14. und in confirmitate der Vorschrift des Cod. civ. bav. p. IV. cap. 9. § 8. et in notis für die Handlungen seiner Beamten den hiedurch beschädigten Unterthanen nicht, und am wenigsten principaliter tenent ist, in so ferne der Staat nicht selbst in culpa sich befindet, oder es sich nicht um Depositen frägt, keineswegs als erheblich erscheint, da das kön. Landger. J. gerade als Vormundschafts-Behörde die befragten Gelder ad depositum judiciale erhielt, und sich daher die Handlungen desselben als Vormundschafts- und Depositions-Behörde hier keineswegs trennen lassen, so würde der k. Fiscus von den Klägern mit Recht actione depositi um Herausgabe jener 600 fl. Capital belangt, und dieser mußte auch zu deren Herausgabe salvo regressu contra quemcunque verurtheilt werden. Die Kläger konnten insbesondere auch nicht vorerst mit ihrer Foderung an die Debit-Masse des Weißgärbers Ant. K. verwiesen werden; weil sie gesetzlich berechtiget sind, ihre deponirten Gelder von der Depositions-Behörde, für welche das k. Ärar haftet, in der nämlichen Specie, wie sie deponirt wurden, zurück zu verlangen, und weil sie eben darum nicht verbunden sind, aus der Debit-Masse des Ant. K. mit Zeit- und Kosten-Aufwand Dasjenige allenfalls erst zu erhalten zu suchen, was ihnen auf jedesmaliges Anfodern die Depositions-Behörde sogleich herauszugeben schuldig ist. Der Depositar, welcher die Restitution der deponirten Sache ohne erhebliche Einrede verweigert, hat auch die Verzugs-Zinsen nach den Anmerkungen zum bayer. Land-Rechte Th. IV. Cap. 2. § 7. Nr. 4. in fine und nach den angeführten Verordnungen vom 24. Oct. 1796 und zwar von der Zeit an zu zahlen, in welcher die deponirten Gelder gerichtlich oder außergerichtlich zurückgefodert worden sind. Die Kläger haben nun durch die von dem Vertreter des kön. Fiscus nirgends in Widerspruch gezogene zweite Beilage zu ihrer ersten Klage vom 16. Juni 1825 nachgewiesen, daß sie bereits sub pr. 25. Sept. 1824 bei dem kön. Staats-Ministerium der Finanzen die Herausgabe des

befragten Depositum nachgesucht haben. Da sie eine frühere Zurückfoderung dieses Depositum nicht nachweisen, so war der kön. Fiscus auch nur in die Zahlung der Verzugs-Zinsen an dem Depositum ad 600 fl. vom 25. Sept 1824 an zu verurtheilen.

Ad 3. Da der k. Fiscus das Erkenntniß erster Instanz für sich hat, die Appellanten auch bezüglich ihrer Zinsen-Foderung von dem befragten Capitale ad 600 fl. nicht durchgehends obsiegten, indem sie diese Zinsen bereits vom 30. Oct. 1820 an verlangten, während ihnen solche nur vom 25. Sept. 1824 zuzuerkennen waren, und da die Kläger überdieß mit ihrer Berufung wegen der weiteren Foderung ad 75 fl. 14 kr. 1 pf. ob desertionem appellationis hierorts zurückgewiesen wurden, so waren die Kosten dieser Instanz zu compensiren.

28.

Depositum.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Haftung des Staates für die durch seine Beamten vereinnahmten Depositen.

Erkennen in Sachen des Salomon Jak. K. zu Altenkundst. gegen den kön. Fiscus wegen Ersatz eines zu Georg T.-'schen Concurs-Masse gehörigen Depositums zu Recht: und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appell.-Ger. für den * * * Kreis vom 30. März 1833 unter Verfallung des königl. Fiscus in die Kosten dieser Instanz.

Die Kosten der K.'schen Nebenverantwortung werden mit 7 fl. 54 kr. genehmigt. Die Gerichts-Kosten bleiben außer Ansatz.

Entscheidungs = Gründe.

Der kön. Fiscus, durch das Appellationsgerichts=Erkenntniß vom 30. März 1833 zur Zahlung von 210 fl. 51 kr. an den Klägr, Jak. L. verurtheilt, — bestreitet in seiner anher dagegen angeführten Berufung forthin die Klage des Salom. Jak. L. und die Verbindlichkeit des kön. Ärars zum Ersatz des von dem vormal. Landrichter E. unterschlagenem zur T.'=schen Gant gehörigen Depositums per 285 fl. 45 kr. resp. dermalen von 210 fl. 51 kr. mit folgenden Einwendungen.

1. Daß nicht erwiesen oder wenigstens der kön. Fiscus mit seinen Gegenbeweis darüber nicht gehört worden sey, daß Kläger durch die Unterschlagung der 285 fl. 45 kr. wirklich und um 210 fl. 51 kr. beschädigt worden sey.

2. Daß der kön. Fiscus überhaupt für die Unredlichkeit seiner Bamten, und somit auch für die Unterschlagung des hier fragichen Depositums nicht einzustehen habe, und zwar

3. ier um so gewisser nicht, als diese Gelder nicht auf das Depsitenbuch, resp. in die Depositał=Protocolle eingetragen, nicht in die, unter doppelten Verschluß zu haltende Depositen=Asse eingelegt, und auch nur von einem Beamten einseitig bestheint worden sey; folglich weder als ein eigentliches Depositu, noch die hierüber ausgestellte Erlagsquittung als eine eigetliche Depositalquittung angesehen werden könne; jedenfalls aber

4. er kön. Fiscus nur subsidiär hafte, und hier nicht nachgewisen sey, daß der Landrichter E. als der nächste Beschädigerden Ersatz zu leisten nicht vermöge.

Allein

Zu . Was der kön. Fiscus hienach zum Beweis ausgesetzt wsen will, nämlich „daß die klägerische Foderung an die T.'sch Gantmasse 210 fl. 51 kr. betrage, und daß Kläger damit, wären die 285 fl. 45 kr. nicht unterschlagen worden, befriedigtworden seyn würde, das ist bereits in der Verhandlung übe die klägerische Legitimation zur Sache vollständig erwiesen, und da das was einmal dem Richter erwiesen vorliegt, keiner weiteren Beweisführung bedarf (Cod. jud. cap.

9. § 1. in notis) so ist die erste Einwendung und der erste Grund, aus welchem das Appell.-Gerichts-Erkenntniß wenigstens als voreilig bestritten wird, ganz unstichhaltig. Zwar behauptet der kön. Fiscus, daß ihm dadurch, daß der Beweis aus dem Vorverfahren über die Sach-Legitimation nunmehr in das wirkliche Verfahren über das Materiele der Klage herübergenommen werde, der Gegenbeweis, und resp. die Möglichkeit und Gelegenheit, die klägerischerseits gebrauchten Beweisurkunden zu beanstanden, und die Wirksamkeit des hieraus hervorgehenden Beweises in der Richtung auf die Sache selbst anzufechten, abgeschnitten und er sofort ungehört verurtheilt worden sey. — Aber auch diese Behauptung ist ohne allen Grund, da die klägerische Beweisantretung über seine Foderung vom 30. April 1829 dem kön. Fiscus zum allenfallsigen Gegenbeweis nicht nur mitgetheilt worden, sondern derselbe auch durch seinen Vertreter, bei der am 15. Juni 1831 stattgehabten Urkunden-Production erschienen war, und hierbei auch seine Einrede über den Werth der klägerischerseits producirten Urkunden, und deren Beweiskraft wirklich abgegeben hatte. Derselbe ist also hiernach in der hier fraglichen Beziehung weder ungehört geblieben, noch ihm ein Gegenbeweis abgeschnitten, noch er in seiner rechtlichen Vertheidigung irgend beschränkt worden.

Daß er aber damals keinen Gegenbeweis angetreten, und dann das auf die klägerische Beweisführung erfolgte und seine Anfechtung der klägerischen Beweis-Urkunde und seine Erinnerung gegen deren Wirksamkeit verwerfende Erkenntniß vom 26. Juni 1832, wenn er dadurch für gravirt sich hätte halten können, die Rechtskraft hat beschreiten lassen, ist lediglich seine Sache, und kann das Begehren einer Wiederholung jener Beweisführung in keiner Weise rechtfertigen. Wenn aber

Zu 2. der königl. Fiscus zur definitiven Ablehnung der Klage hin, weiter den Grundsatz aufstellt, daß der Staat als Mandant überhaupt nicht für die Unredlichkeiten und Veruntreuungen seiner Beamten als seiner Mandatarie hafte, wo die Gesetze nicht eine besondere Ausnahme statuirt hätten, so

verstößt dieses sowohl gegen die Bestimmungen des gemeinen Rechtes, als insbesondere hier gegen die königl. bayerischen Verordnungen über die Behandlung des gerichtlichen Depositenwesens, denn

a) wenn es sich fragt in wie ferne der Mandant aus der Geschäftsführung seines Mandatars einem Dritten haftend werde, so ist diese Frage nach den hieher analog anwendbaren Grundsätzen über die act. execut. et institut zu beurtheilen.

Thibaut S. d. P. R. 3 Ausg. § 877.

Höpfners Kom. d. Inst. 7 Aufl. S. 932. und Nr. 3. und l. 13. § 25. ff. de act. emt. vend.

und von diesen Grundsätzen ausgegangen, ist es denn klar, daß der Herr des Geschäfts auch für die Arglist, die Unredlichkeit und das Verbrechen seines bestellten und zur Besorgung dieses Geschäftes bevollmächtigten Dieners civilrechtlich einzustehen und zu haften hat, wenn durch die betrügliche, unredliche und verbrecherische Handlungsweise ein Dritter in Schaden gebracht worden ist.

l. 5. § 8. und l. 11. § 4. ff. de inst. act.

l. 5. § 3. ff. de doli mali et met. except.

b) Aber auch abgesehen hievon, hat die Verordnung vom 9. Juli 1802. (Reggbl. 1802. S. 514.) den beständigen Umlauf der Depositen betreffend, die Pflicht insbesondere anerkannt, „daß der Staat, für alle, bei seinen Beamten gerichtlich deponirten Gelder unvermeidlich zu haften habe;“ und wenngleich das Fürstenthum Bamberg damals 1802 noch nicht zu Bayern gehörte, so ist doch auch in allen späteren bayerischen Verordnungen und Vorschriften über die Behandlung des gerichtlichen Depositenwesens, und zwar namentlich in der Verordnung vom 6. December 1808. Reggbl. 1808. B. II. S. 2870 — ferner vom 3. December 1811. S. 1794 und endlich vom 2. Juni 1815. Reggbl. 1815. S. 441 auf jene Verordnung vom 9. Juli 1802. Bezug genommen und eben damit auch deren Grundsatz über die unbedingte Haftung des Staates für alle bei seinen Beamten gerichtlich deponirten Gelder,

für das ganze Königreich, einschlüßlich der neu acquirirten Länder als anwendbar erklärt worden.

Der königl. Fiscus hat demnach allerdings auch für die hier fraglichen, von seinem vormaligen Landrichter E. zu W. treulos unterschlagenen T. Gantkauf=Schillings=Gelder zu haften, da dieser zur Behandlung des Depositenwesens bei diesem Landgerichte bestellt war, und das hier fragliche Depositum sofort in dieser seiner Diensteseigenschaft zu percipiren hatte, solches auch wirklich percipirte, aber treulos unterschlagen hat, und es kann

zu 5. den kön. Fiscus auch der weitere Einwand von dieser Haftungsverbindlichkeit nicht befreien, daß der Landrichter E. diese Gelder nicht in das Depositen=Buch eingetragen und dadurch der möglichen Controlle von Seite der kön. Regierung entzogen hat, in dem alle desfallsigen Vorschriften welche die fürstlich bambergischen Verordnungen vom 15. März 1769 und 21. Jänner 1789, so wie oben bereits angeführte königl. bayerische Verordnung geben und gegeben haben, den Beamten gegeben sind, und es folglich auch nur die Sache des Staates seyn konnte, über deren Vollzug zu wachen und sich von einem Schaden zu sichern, welcher ihm aus deren Nichtbeobachtung entstehen kann. Nirgend ist nämlich in der angezogenen Verordnung gesagt, daß die Partheien, welche Gelder zum gerichtlichen Depositorio einzuzahlen, oder aus denselben zu empfangen haben, die Einhaltung jener Behandlungs=Vorschriften mit zu controlliren und daß ihr Anspruch wegen Ersatz eines zu Verlust gegangenen Depositums an die Beobachtung von derlei Vorschriften gebunden, und davon abhängig seyn sollte. Selbst die neueste Verordnung vom 10. November 1832. (Reggbl. 1832. S. 1033.) legt den Partheien für die Bewachung der darin gegebenen Behandlungs=Vorschriften keine Verbindlichkeit auf, und vor dieser Verordnung bestand in ganz Bayern (die preußischen Landestheile und Würzburg und zum Theil das Bisthum Bamberg ausgenommen) nicht einmal eine Bestimmung, daß die Depositen unter doppelten Verschluß gehalten, noch daß die Erlagsquittungen von

irgend einem zweiten Beamten contrasignirt werden sollten. Der Landrichter war bei dem königl. Landgerichte der Depositar, und nur ihm war die Ausstellung von Empfangsbescheinigungen vorgeschrieben. Zwar verlangt die Bamberger-Verordnung vom 15. März 1769., ohne jedoch über die Form der Quittungsausstellung etwas zu verfügen, — daß die Depositen unter doppelten Verschluß des Oberamtmanns und des Unterbeamten gehalten werden sollten; aber abgesehen davon, daß diese Verordnung bei dem Landgerichte X. 2. Klasse, wo ein eigentlicher Unterbeamter vom Staate nicht angestellt war, für sich außer Wirkung gesetzt war, ist jedenfalls auch hierin nicht bestimmt, daß ein Interessent bei Verlust seines Reclamationsrechtes dafür zu sorgen habe, daß die deponirten Gelder in die Kasse mit doppelten Verschluß gelegt würden. Wenn hiernach aber der Staat, resp. die Staatsregierung über den Vollzug der von ihr gegebenen Behandlungsinstruction allein zu wachen hat, so trifft den Staat auch die Folge deren Vernachläßigung, wenn hieraus ein Schaden entstanden ist. Was nun aber endlich

zu 4. den letzten fiscalischen Einwand angeht, daß der Staat nur subsidiär, wenn nachgewiesen seyn würde, daß der treulose Beamte als der wirkliche Beschädiger, den Ersatz nicht zu leisten vermöge, darum angegangen werden dürfe, so ist auch dieser nicht mehr begründet; denn

a) steht nicht nur nach §. 8. ff. de inst. act. dem durch ein Delict des Mandatars beschädigten Dritten die Wahl zu, ob er actione furti et injuriarum gegen den Dieb und Beschädiger, oder actione inst. gegen den Geschäftsherrn auftreten wolle, sondern es hat auch

b) die oben allegirte und hieher anwendbare Verordnung vom 9. Juli 1802. die unzweideutig primäre Haftung des königl. Ärars für die durch seinen Beamten percipirten gerichtlichen Deposition anerkannt.

Aus diesen Gründen mußte das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 30. März 1833 wie geschehen ist, bestätti-

get, und der königl. Fiscus zugleich nach Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 2. in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden.

München, am 3. Jänner 1835.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Bei Verhinderung des königl. Präsidenten.

(L. S.) Ritter von Popp, Director.

Secr. Fränkl.

29.

Depositum - Mandatum.

Seine königl. Majestät

Der Staat haftet zwar principal für alle amtlichen Depositen; es kann aber deßhalb nicht dem Deponenten benommen seyn, gegen den Beamten selbstklagbar aufzutreten.

Erkennen in Sachen des Anton K., Bräumeisters zu Sandelzh. gegen die Wittwe des Landrichters W. zu Ingolstadt wegen Ersatzes eines Depositums zu Recht und belassen es bei dem von dem königl. Kreis- und Stadtgericht Regensburg am 26. Februar 1822 erlassenen, und unterm 13. März hierauf eröffneten Erkenntnisse.

Die Kosten der VI. und VII. Instanz werden compensirt.

Gründe.

Es ist zwar in mehreren ältern und neuern Verordnungen, vorzüglich in denen vom 22. Oct. 1796, 9. Juli 1802, 3. December 1811 und 2. Juni 1815 ausdrücklich erklärt worden, daß der Staat für alle bei den landesherrlichen Stellen und Ämtern auctoritate judiciali ad depositum genommenen Gelder hafte, und daß hiefür sogar alle landesfürstl. Güter und Renten stillschweigend verpfändet seyen, auch ist in der

Beilage VI. § 59 zur Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 ausgesprochen, daß der königl. Fiscus allen aus den Amtshandlungen seiner Beamten entstandenen Schaden zu ersetzen habe.

Der kön. Fiscus würde daher (wäre er von dem Anton K. um das fragliche Depositum belangt worden) mit der Einrede, es seien die W.'schen Relicten vorerst in Anspruch zu nehmen, nicht auslangen können; allein nicht der königl. Fiscus, sondern die fraglichen Relicten und Erben hat K. actioni depositi directa um Zurückgabe des (angeblich) deponirten Kaufschillings-Restes nebst Zinsen, Schäden und Kosten angegangen, was er auch um so mehr thun konnte, als die Eingangs angeführten Verordnungen nicht zu Gunsten des untreuen Beamten, sondern lediglich zur Sicherheit der beschädigten Amtsuntergebenen erlassen worden sind, diesem die Wahl, gegen den Beamten oder gegen den Staat zu klagen, niemals benommen worden ist und selbst ein Dritter, welcher durch den Mandatar auf welch immer eine Weise benachtheiligt zu seyn glaubt, gegen diesen principaliter auftreten kann — cod. civ. P. IV. cap. 9. § 7. Nr. 3., so ferne derselbe die Gränzen seines Mandates überschritten haben sollte. Die von den W.'schen Erben der K.'schen Klage entgegengesetzte Einrede des unrecht gewählten Beklagten erscheint demnach bei der gesetzlichen Verbindlichkeit ihrer Haftung für das Verschulden ihres Erblassers und da dem Staate immerhin der Regreß gegen denselben offen bleibt, nicht gegründet.

Es mußte daher das appell. gerichtliche Erkenntniß abgeändert und das oberstrichterliche Urtheil, wodurch auf Streitseinlassung von Seite der Beklagten erkannt worden ist, wieder hergestellt werden.

Der Ausspruch in dem Kostenpuncte rechtfertigt sich durch die G. O. cap. 17. § 4. Nr. 3.

München, den 3. Mai 1823.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf von Arco, Präsident.

Fränkl, Secr.

In der Vorrede zum III. Bande habe ich auf ein appellationsgerichtliches Erkenntniß über § 52. des Hypoth.-Gesetzes d. d. 12. Aug. 1836 aufmerksam gemacht, und Seite 21 — 40 daselbst es mitgetheilt. Hier folgt nun die Widerlegung der Ansicht des Richters zweiter Instanz in dieser Sache.

D. H.

30.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der M. D.'schen Eheleute in M. gegen A. K. daselbst, Hypothek-Capital-Zinsfoderung und Adjudication betreffend, zu Recht:

1. Daß der Imploratin ein Termin von drei Monaten zum Selbstverkaufe ihres Wohnhauses zu ertheilen sey.
2. Daß die Kosten dieser Instanz zwischen den D.'schen Eheleuten, dem Großhändler M., und der Anna K. zu compensiren seyen.

Entscheidungs-Gründe.

Die rückständigen Zinsen eines im Hypothekenbuche eingetragenen Capitales von den letzten zwei Jahren müssen auf Anrufen der Gläubiger von dem Schuldner binnen acht Tagen bei Vermeidung der Execution bezahlt werden.

Der Schuldner darf auch mit keiner Einrede gehört werden, welche er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann, vielmehr muß in Ermanglung einer solchen Einrede auf weiteres Anrufen gegen den Gläubiger sofort mit der Execution verfahren werden, welche in keinem Falle durch ein Rechtsmittel aufgehalten werden kann.

Alles dieses ist im § 52. des Hypotheken-Gesetzes klar vorgeschrieben.

Wenn sich daher in dem vorliegenden Falle die D.'schen Eheleute darauf beschränkt hätten, Executions-Anträge zu stellen, welche lediglich auf executive Beitreibung ihrer gesetzlich privilegirten Zinsen-Rückstände gerichtet sind, so würde, da die Imploratin K. gegen den eingeklagten Zinsen-Rückstand

eine Erinnerung überhaupt nicht vorgebracht hat, sofort mit der Execution gegen sie haben verfahren werden müssen. Insbesondere würde, wenn die Imploranten die Execution in das Mobiliar-Vermögen ihrer Schuldner, oder in die Früchte der Hypothek-Objecte verlangt hätten, diesem Verlangen nach Ablauf des achttägigen Termines sofort haben statt gegeben werden müssen, und die Imploratin würde die nur auf Beitreibung eines privilegirten Zinsen-Rückstandes gerichtete Hilfs-Vollstreckung durch kein Rechtsmittel haben aufhalten können, sondern ihre allenfallsigen Rechte nur nach geschehener Zahlung des gefoderten Zinsen-Rückstandes haben verfolgen können.

Die für den vorliegenden Fall zur Anwendung kommenden Gesetze sind so klar, daß es einer Interpretation derselben gar nicht bedarf. So offenbar nämlich das Recht des Gläubigers, wegen eines Hypothek-Zinsen-Rückstandes der letzten zwei Jahre nach Verlauf eines achttägigen Zahlungs-Termins in Ermanglung einer auf der Stelle durch Urkunden nachgewiesene Einrede, die sofortige Hilfsvollstreckung gegen seinen Schuldner zu begehren, durch den § 52. des Hypotheken-Gesetzes begründet ist, eben so offenbar streitet das Verlangen eines Hypothek-Gläubigers, mit dem Verkaufe des Hypothek-Objectes auf die in § 52. des Hypotheken-Gesetzes angeordnete höchst summarische Weise zu verfahren, gegen die klaren Bestimmungen des § 64. des Hypotheken-Gesetzes. Der § 52. des Hypoth.-Ges. ist nur für den Fall der Beitreibung eines privilegirten Zinsen-Rückstandes gegeben.

Soll aber mit dem Verkauf der Hypotheken-Objecte selbst verfahren werden, so handelt es sich, wie schon bemerkt, nicht mehr blos von der Zahlung eines privilegirten Zinsen-Rückstandes, sondern es sind aus dem Erlöse auch die nicht privilegirten Zinsen, und das Capital zu berichtigen.

Für einen solchen Fall können daher auch nicht die Vorschriften des § 52. des Hypotheken-Gesetzes, sondern nur diejenigen Bestimmungen zur Anwendung gebracht werden, welche der Gesetzgeber wegen dem Verkauf gepfändter Gegenstände gegeben hat, und dieß sind die Vorschriften des § 64. des Hypoth.-Ges., und der daselbst ausdrücklich in Beziehung

genommenen Bestimmungen des Cod. jud. cap. 18. §7. und des Gesetzes vom 22. Juli 1819.

Wollte man das Gegentheil statuiren, so würde man gegen alle Rechtsgrundsätze zugeben, daß es der Chikane eines Hypothek-Gläubigers gestattet sey, sich sein Hypothek-Capital, bevor dasselbe nur gekündiget, geschweige denn eingeklagt worden ist, auf den Grund des in §. 52. des Hypothekengesetzes ausdrücklich nur wegen eines zweijährigen Zinsen-Rückstandes angeordneten höchst summarischen Verfahrens durch sofortigen Verkauf des Hypotheken-Objectes bloß deßhalb zu verschaffen, weil es seinem Schuldner nicht möglich war, den gefoderten Zinsen-Rückstand binnen der kurzen Frist von 8 Tagen zu berichtigen. Ja es würde eine solche Annahme zu der ganz abnormen Behauptung führen, daß es in der Willkühr eines Hypotheken-Gläubigers liege, die Rechte, welche der § 52. des Hypothekengesetzes wegen eines Hypothek-Zinsen-Rückstandes der letzten zwei Jahre festsetzt, auch in Ansehung der nicht privilegirten Zinsen, und selbst wegen des noch gar nicht eingeklagten — ja nicht einmal gekündigten Capitals geltend zu machen, obgleich der § 52. des Hypothekengesetzes zu allem Überfluße die ausdrückliche Bestimmung enthält, daß es hinsichtlich älterer Zins-Rückstände bei den Vorschriften der Proceß-Ordnung sein Verbleiben hat.

Die dem § 52. des Hypothekengesetzes zu Grunde liegende wohlthätige Absicht des Gesetzgebers, gerichtet auf die Befestigung des Real-Credites, wird ereicht, wenn dem Schuldner nicht gestattet wird, gegen die executive Beitreibung der privilegirten Hypotheken-Zinsen Eingelenke zu machen.

Können aber die privilegirten Zinsen durch Execution in dem Mobiliar-Vermögen des Schuldners, oder in die Früchte der verpfändeten Grundstücke, auf welche Executions-Mittel in dem Commentar zu § 52. des Hypothekengesetzes Band I. S. 430, und 434 ausdrücklich hingewiesen ist, nicht beigetrieben werden, worüber in der vorliegenden Imploration der D.'schen Ehelente gar nichts angeführt ist, und soll es daher zum Verkauf des Hypotheken-Objectes selbst kommen, so würden die auf Belebung und Befestigung des Real-Credites ge-

richtete Absichten des Gesetzgebers nicht befördert, sondern vereitelt werden, wenn man bei einem solchen Verkaufe auf die in § 52. des Hypothekengesetzes bloß in Ansehung der executiven Beitreibung privilegirter Zinsen angeordnete summarische Weise verfahren wollte.

Auch im Interesse der Schuldner, und nur um durch geeignete wirksame Vorschriften die sichere und schleunige Beitreibung der Hypothek-Zinsen zu bewirken, dadurch aber zum Besten vieler Schuldner die Aufkündigung der Capitalien vorzubeugen, ist, wie in dem Commentare Band I. S. 430. bemerkt ist, der § 52. des Hypotheken-Gesetzes in das Leben getreten.

Dieses Gesetz konnte daher unmöglich zu gleicher Zeit beabsichtigen, dem Gläubiger auf eine von den specielen Vorschriften über den Gutsverkauf abweichende Art auf den Grund eines höchst summarischen Verfahrens zu dem Capital selbst zu verhelfen.

Die Rechte der Gläubiger, so weit sie der Gesetzgeber zur Aufrechthaltung des Realcredites in Schutz nehmen wollte, werden, wenn es einmal zu dem Verkauf der Hypotheken-Objecte selbst kommt, durchaus nicht gekränkt, wenn bei diesem Verkauf nach den Gesetzen verfahren wird, welche hierüber überhaupt, und speciel hinsichtlich des Verkaufes verpfändeter Grundstücke im § 7. Cap. 18. cod. jud.: Proceß-Gesetz vom 22. Juli 1819 und § 64. des Hypothekengesetzes gegeben sind. Dagegen würden die Rechte der Schuldner auf eine ungesetzliche Weise verletzt werden, wenn es dem Gläubiger eingeräumt werden wolite, den Verkauf eines verpfändeten Gutes auf eine durch das Gesetz selbst (§ 64. des Hypotheken-Gesetzes) mißbilligte Weise, nämlich auf dem Wege eines Verfahrens zu verlangen, welches ausdrücklich nur für den Fall, wenn es sich von der executiven Beitreibung privilegirter Zinsen handelt, keineswegs aber für den Fall angeordnet worden ist, wenn, wie dieß bei dem Verkaufe eines mit Hypotheken belasteten Gutes statt findet, die Bezahlung auch der nicht privilegirten Zinsen, so wie der auf dem Gute haftenden Capitalien selbst mit in Anregung kömmt.

Der Gesetzgeber hatte bei dem § 52. des Hypothekengesetzes keine Veranlassung, die gesetzlichen Vorschriften über die Güter-Subhastation aufzuheben, da bei dieser Gesetzesstelle von dem Falle, wie es zum Verkaufe der Hypothek-Objecte selbst kommt, zunächst nicht die Sprache war.

Es wurden daher auch wirklich in dem gedachten §. 52. keine die Vorschriften über Subhastationen der Immobilien aufhebende oder abändernde Bestimmungen getroffen.

Dagegen ist der § 64. des Hypothekengesetzes der Art, wo der Gesetzgeber den Fall des Verkaufes eines Hypothek-Objectes vor Augen hatte, und wo daher auch materiele Bestimmungen hierüber anzutreffen sind. Diese Bestimmungen müssen in Ermanglung einer neuen gesetzlichen Anordnung bei jedem Verkaufe eines verpfändeten Grundstückes, und mithin auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein Grundstück bloß wegen einer Hypothek für jene Schuld (wohl an sich, nicht aber auf die summarische Weise des § 52. des Hypothekengesetzes Commentar, Band I. S. 432. Nro. 1. lit. E.) verkauft werden soll.

Der § 64. des Hypothekengesetzes aber enthält wohl über den Zuschlag Sub hasta der gestellten Hypothek-Objecte mehrere Bestimmungen, verweist jedoch im übrigen hinsichtlich des gerichtlichen Verkaufes verpfändeten Güter ausdrücklich auf die Vorschriften des

Cod. jud. cap. 18. § 7. und des Gesetzes vom 22. Juli 1819.

Durch die Bestimmungen des neuesten Hypothekengesetzes ist den Schuldnern, deren Anwesen Behufs der Befriedigung eines Hypothek-Gläubigers verkauft werden soll, das Recht des Selbstverkaufes in denjenigen Fällen nicht genommen worden, wo es ihnen die Gerichtsordnung, resp. die Proceß-Novelle zuspricht.

Commentar zum Hypothekengesetz Band I. S. 524.

Da nun das Haus der Imploratin über 12,000 fl. werth ist, und daher unstreitig zu den ansehnlichern — unbeweglichen Gütern gerechnet werden muß, so ist das Verlangen der Imploratin, ihr zum Selbstverkauf dieses Hauses einen Termin zu bewilligen, nach § 32. des Proceßgesetzes vom 22. Juli

1819 an sich begründet, es ist jedoch der Termin nicht, wie gebeten, auf sechs Monate, sondern nur auf drei Monate zu bestimmen, da hier von dem Verkaufe eines Grundstückes von besonderm hohen Werthe keine Sprache ist, für welchen Fall allein der allegirte § 32. die Gestattung eines sechsmonatlichen Termines zuläßt.

Daß die Imploranten gegen den gebetenen Termin von 6 Monaten keine speciele Erinnerung gemacht haben, ist ohne Einfluß auf die Bestimmung des Termines; denn eines Theils ist es lediglich Sache des Richters, den Termin nach der Größe des Gutswerthes zu bestimmen, andern Theils aber haben die Imploranten gegen die Gestattung eines Termines zum Selbstverkaufe überhaupt protestirt, und es ist daher auch der gebetene 6 monatliche Termin für widersprochen anzusehen.

Damit der Ertheilung eines Termines zum Selbstverkaufe zugleich ausgesprochen ist, daß ein gerichtliches Subhastations-Verfahren zur Zeit überhaupt nicht statt finde, so erledigen sich die Beschwerden der Imploranten, so wie des Gutskäufers M. darüber, daß in zweiter Instanz erst noch ein Verfahren über die Taxation angeordnet worden ist, von selbst, so wie es sich auch von selbst versteht, daß, wenn es in der Folge dennoch zur Taxation und gerichtl. Feilbietung des Hauses der Imploratin kommen sollte, der Richter erster Instanz hierüber genau nach den gesetzlichen Vorschriften zu verfahren hat.

Es mußte sonach, wie geschehen, erkannt werden.

Die Kosten dieser Instanz sind nach § 4. cap. 17. cod. jud. zwischen den Betheiligten zu compensiren.

München am 13. Mai 1837.

31.

Handel mit Staatspapieren.

J. N. K.

Derselbe enthält keine ungültige Wette — nur Hazardspiele sind ungültig, Kaufs-Verträge aber nicht, bei welchen Gewinn od. Verlust von ungewissen Ereignissen abhängt.

Erkennen in Sachen des Banquiers D. in A. gegen S., Negotianten in D., einen Kaufvertrag betr., zu Recht: Beklagter S. habe in einer peremtorischen Frist von 30 Tagen, vorbehaltlich des Gegenbeweises rechtsgenüglich zu erweisen, daß ihm von dem Kläger D. am 31. August 1820 die Ausfolglassung der in Frage stehenden 10,000 fl. E.-M.-Loose aus dem Grunde verweigert worden, weil er von diesem Geschäfte nichts wisse, und solches sein Sohn Jakob auf eigene Rechnung geschlossen habe, wornach in erster Instanz salvo appellatorio weiters zu erkennen ist, was Rechtens.

Der Revident wird in eine Succumbenzstrafe von 6 Thlrn. verurtheilt.

Gründe.

Vermöge einer zwischen D. und S. am 10. Juli 1820 zuerst mündlich geschlossenen, und nachher von beiden Theilen schriftlich aufgesetzten Übereinkunft sollte S. von dem ersten innerhalb der Zeit vom 10. Juli bis letzten Septemb. desselben Jahres bayer. Lotterie E.-M.-Loose in Nennwerth von 10,000 fl. das Stück zu 107 1/2 fl. käuflich abnehmen.

Dem S. wurde hiebei die Wahl gelassen, an welchem dieser Tage er die Loose fodern wollte, und die Loose sollten in A. übernommen und bezahlt, die Zinsen bis zum Sconto-Tage berechnet werden.

Da nun S. nach D. Behauptung dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, so deponirte dieser noch am 30. Sept. 1820 bei einem Notar für 10,000 fl. E.-M.-Loose auf Rechnung des S. und nahm dieselbe erst alsdann wieder zurück, als S. durch Fristgesuche und durch das Bestehen auf der

Einleitung eines schriftlichen Processes seine Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, hinlänglich erklärt hatte. Der am 4. Oct. 1820 angestellten Klage auf Erfüllung des Contractes nebst Ersatz des gestifteten Schadens wurden mehrere Einreden entgegengesetzt. Die meisten derselben sind aber von der Art, daß auf solche keine rechtliche Rücksicht genommen werden konnte, denn

1. Der Vertrag ist an sich gültig, da er weder die Natur einer Wette, noch eines verbotenen Hazardspieles, sondern die Natur eines gewagten Geschäfts und eines wahren Kauf-Vertrags an sich trägt. Der Begriff einer Wette, wie er in Glücks Erläuterungen der Pandecten Bd. 11. § 760. richtig aufgestellt ist, paßt nicht auf einen Vertrag, bei welchem keineswegs eine zwischen beiden Theilen streitige Behauptung, sondern eine kaufmännische Speculation zum Grunde liegt. Auch alsdann ist vielmehr ein Kauf vorhanden, cum quasi alea emitur L. 8. § 1. de contrah E. V. (18. 1.); und selbst als Wette betrachtet würde, er Contract nach Overbecks Meditationes über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 2. Md. 71. nicht ungültig seyn, so wie es überhaupt bekannt ist, daß nur wahre Hazardspiele, nicht aber solche Kaufsverträge verboten sind, bei welchen Gewinn oder Verlust von zur Zeit noch ungewissen Ereignissen, wohin auch die Veränderung des Curses gehört, abhängig gemacht wird.

2. Mit Unrecht behauptet ferner der Beklagte, daß der Vertrag in jedem Falle dadurch wieder aufgehoben werden solle, daß D. die bei dem Notar deponirten Loose wieder zurückgenommen habe. Es ist bereits in den appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen gezeigt worden, daß hier genus und nicht bestimmte species, der Gegenstand der Übereinkunft waren.

Dieses Rechtsverhältniß würde nur alsdann durch einen neuen Vertrag unter den Theilen abgeändert worden seyn, wenn S. auf die erhaltene Nachricht, daß bestimmte Loose auf seine Rechnung bei einem Notar deponirt worden, sich dahin erklärt haben würde, daß er diese deponirten Loose von

nun an als Gegenstand des mit D. abgeschlossenen Kaufcontracts betrachten wolle. Allein S. hat das Anerbieten des D., ihm diese bei dem Notar deponirten Loose zu extradiren, nicht angenommen, sondern im Gegentheil erklärt, daß er sich auf den Proceß einlassen wolle; so lange aber S. das Anerbieten des D. noch nicht angenommen hatte, konnte dieser gemäß

L. 55. D. de oblig. et act. (447.) Hofacker pr. J. R. Tom. III. § 1757 p. 32.

von demselben allerdings wieder abgehen, und es kann daher nicht behauptet werden, daß sich die ursprünglichen Vertragsverhältnisse durch diese, bei einem Notar geschehene, aber wieder zurückgenommene Deposition wesentlich verändert hätten.

3. Kläger hat schon in dem von dem Beklagten selbst producirten Schreiben vom 2. Sept. 1820 sich abermals erboten, die fraglichen Loose innerhalb des vertragsmäßigen Termines an S. zu übergeben, und gemäß des Vertrags stand es dem Letztern frei, an welchem der Tage vom 10. Jul. bis 30. Sept. er die Loose fodern wollte.

Es kann daher, wie auch schon in den appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen nachgewiesen wurde, nicht behauptet werden, daß der Banquier D. von seiner Seite den Vertrag nicht erfüllt habe. Denn

1. das D.'sche Schreiben vom 2. Sept. 1820 wurde zwar von S. selbst producirt, indessen geht daraus die factische Unrichtigkeit der aufgestellten Behauptung, daß D. am 31. Aug. die Erfüllung des Vertrags bestimmt verweigert habe, keineswegs hervor. Nach der G. O. Cap. 11. § 5. Nr. 9. muß zwar der Producent das Document in allen connexen Puncten, sie mögen ihm günstig oder nachtheilig seyn, auch ungeachtet der etwa beigefügten Protestation, daß die Production sich auf widrige pallus nicht erstrecken solle, gleichfalls anerkennen. Aus der Anerkennung der Urkunden folgt aber auch noch nicht, daß der ganze Inhalt derselben zugestanden sey, sondern nur, daß das darin enthaltene, von dem Producenten allegirte Bekenntniß von der demselben bei-

gefügten Limitation nicht getrennt werden darf, daß daher die Urkunde für den Producenten nichts beweiset, wenn zwar ein Bekenntniß darin enthalten, aber durch solche Limitationen beschränkt ist, welche dessen Wirkungskraft gänzlich aufheben. Übrigens hat der Richter nach der Auth. ad hunc l. de fide instrum. zu untersuchen, ob aus der Urkunde der volle Gegenbeweis gegen den Producenten hervorgeht. Dieß läßt sich in dem vorliegenden Falle nicht annehmen, denn

2. die Haupteinrede des Beklagten bleibt immer diese, daß D. am 31. Aug. 1820 ihm die Extradition der Loose aus dem Grunde verweigert habe, weil er von diesem Geschäfte nichts wußte, und solches sein Sohn Jakob auf eigene Rechnung abgeschlossen habe.

Diese Einrede ist

a) erheblich, weil, falls sie erwiesen werden kann, daraus klar hervorgeht, daß D. selbst, wenn ihm baare Zahlung angeboten worden wäre, die Loose nicht extradirt haben würde, und daß ihm aus einem fremden Geschäfte kein Klagerecht zustehen kann.

b) Sie ist allein entscheidend, denn, wenn gleich aus den von dem königl. Appellationsgerichte angeführten Gründen angenommen werden muß, daß auf baar Geld gehandelt worden, so kommt doch auf die von dem Kläger vorgebrachte Replik: es seyen ihm damals statt baaren Geldes nur Wechsel auf Frankfurt in zwei Monaten zahlbar, angeboten worden, nichts mehr an, sobald erwiesen ist, daß D. überhaupt seine Verbindlichkeit, den Kaufcontract zu erfüllen, bestritt, und hiedurch den Rücktritt selbst erklärte. Es ist auch von S. nicht bestimmt bestritten worden, daß er kein baares Geld angeboten habe, indem er vielmehr behauptet, daß er hiezu nicht verbunden gewesen.

Allein, wenn auch die Behauptung des D., es seyen ihm nur Wechsel angeboten worden, als richtig anzunehmen ist, so kann ihm dieses doch zu Entkräftung der von dem Beklagten vorgebrachten Haupteinrede nichts nützen, sobald erwiesen wird, daß er seinerseits den Vertrag, als für sich unver-

bindlich erklärt, sohin auch den Beklagten zur Aufhebung desselben berechtiget habe.

Nach dem Satze: asserenti incumbit probatio mußte der Beweis dieser Einrede dem Beklagten auferlegt, und im Falle sie nicht erwiesen wird, der Ausspruch über die erstrichterlichen Folgen des Geschäfts, um keine Instanz zu überspringen, dem Richter I. Instanz übertragen, sohin so, wie geschehen, erkannt werden.

München, den 29. März 1825.

Graf von Arco, Präsident.

Fränkl, Secr.

32.

Handel mit Staatspapieren.

Derselbe ist giltig, und kann höchstens vom Richter auf Ermäßigung des Preises erkannt werden.

Es genügt die Hinterlegung der Staats-Papiere bei einem am Orte ansäßigen Notare.

Wann ist eine solenne, wann eine minder solenne Hinterlegung erfoderlich?

Das kön. Appell.-Ger. für den * * * Kreis erkennt in der Streitsache des Particulier F. M. zu M. wieder die Erben des R. S. zu A. Entschädigung aus einem Lieferungs-Vertrage betreffend zu Recht:

Kläger habe binnen 30 Tagen peremtorie zu beweisen, und zwar conjunctive:

1) daß er am 27. Juli 1820 mit der Mitbeklagten Sara S. im Vollmachtsnamen ihres Ehemanns einen Vertrag geschlossen habe, wonach er an deren Ehemann N. S. zu Ende Decembers 1820 fünfhundert Stück österreichische durch Rothschild negotirte Lotterie Anlehens-Loose zu 100 fl. das Stück für den Preis zu 130 fl. zu liefern hatte.

2) daß er am 2. Januar 1821 als den in München hergebrachten Zahlungstage, die zu liefernden Papiere in der Wohnung des N. S. durch einen Notar zur Auslieferung habe anbieten lassen, daß aber dieser Notar dort selbst weder den N. S. noch einen Bevollmächtigten desselben habe antreffen können;

3) daß der Curs der erwähnten Lotterie-Loose zu Ende December 1820 in München zu 109 pro cento gestanden ist.

Die Einrede der Compensation wird als unbegründet in diesem Processe verworfen.

Die Kosten 2. Instanz werden compensirt, der Ausspruch über die Kosten 1. Instanz aber dem definitiv Erkenntnisse vorbehalten.

Gründe.

Der Vertrag, welcher der Klage zu Grunde gelegt wurde, ist nach dem bayerischen Civilrechte zu beurtheilen, weil er in M. geschlossen worden seyn soll, beide Contrahenten dortselbst ihren ordentlichen Wohnsitz hatten, und auch die Erfüllung dort geschehen mußte.

Cod. jud. cap. 14. § 7. Nr. 7 et 8. et civ. p. 4. c. 14. § 10. Nr. 3.

Allein das bayer. Civil-Recht enthält eben so wenig, wie das gemeine Recht positive Bestimmungen hierüber, weil sich der Verkehr mit Staatspapieren erst später ausbildete, und die rechtliche Beurtheilung eines solchen Geschäftes nur nach Analogie unter steter Rücksicht auf die eigenthümliche Natur der Staatspapiere geschehen kann.

Berechnet auf rasche Circulation im Verkehre sind diese Papiere vorzüglich geeignet, Gegenstände des Handels zu werden, und durch ihren Zusammenhang mit dem Staats-Credite, und der darauf wirkenden politischen Verhältnisse bildet sich ein wechselnder Curs solcher Papiere, und die Hoffnung durch günstige Curse-Veränderungen zu gewinnen, hat darüber manche Speculations-Verträge erzeugt, wohin besonders auch der Lieferungs-Vertrag gehört.

Begriff des Lieferungs-Vertrages.

Dieser besteht nämlich in der Eingehung der Verbindlichkeit eines Contrahenten in einer bestimmten Zeit zu einem 'gewissen Curse eine gewisse Zahl von Staatspapieren an den andern Contrahenten, der die Übernahme um den bestimmten Curs verspricht, zu liefern.

Mittermaier deutsches Privatrecht § 189. (1830)

Ein solcher Vertrag ist nun offenbar der Klage zum Grunde gelegt, denn nach dem Vortrage des Klägers will er die Verbindlichkeit übernommen haben, 500 Stücke k. k. österreichische Lotterie-Anlehens-Loose bis Ende December 1820 um den Curs von 130 pCt. an N. S. zu liefern, wogegen dieser durch seine bevollmächtigte Gattin die Übernahme um den bestimmten Curs versprochen haben soll.

Die Erben des N. S. haben nun diesem Vertrage vor Allem die Klagbarkeit abgesprochen, und es ist bekanntlich unter den Rechtsgelehrten controvers, ob aus einem solchen Vertrage geklagt werden könne, weil die Contrahenten die Absicht gar nicht hätten, eine solche Quantität Staatspapiere zu liefern resp. zu übernehmen, sehr oft solche nicht einmal besassen, und daher der eine verkauft, was er nicht habe, der andere erkauft, was er nicht wolle, so daß der Vertrag nur eine gefährliche Simulation und eigentlich eine Wette sey, bei der es nur darauf ankommt, daß nach dem fixirten Tage der Curs dieses Tages im Verhältnisse zum verabredeten Curs berechnet und die Curs-Differenz unter den Contrahenten hinausbezahlt werde.

Wirklich hat auch Kläger nicht auf die Lieferung der Papiere, sondern nur auf die Curs-Differenz geklagt, und beide Parteien haben auch einbekannt, daß es ihnen nur um die Curs-Differenz zu thun war, der Kläger dadurch, daß er nur auf diese Curs-Differenz geklagt hat, die Beklagten dadurch, daß sie in ihrer Exception behaupteten, daß, wenn je ein solcher Vertrag geschlossen worden wäre, es sich nur um die Curs-Differenz handeln würde, diese aber als eine unerlaubte Wette nicht eingeklagt werden könnte, und sie

durch die Einrede der Compensation nur die Curs-Differenz vergütet verlangen.

Allein selbst aus dem Gesichtspuncte einer Wette würde der Vertrag nicht ganz ungiltig seyn, sondern höchstens nur vom Richter auf Ermäßigung des Preises erkannt werden müssen,

— derselbe ist allerdings klagbar;

Cod. civ. part. 4. cap. 12. § 6.

und es stimmt hiemit auch das gemeine Recht überein, indem hiernach auf Erfüllung einer Wette geklagt werden kann.

Glücks Comment. Bd. 11. § 760. S. 351.

Thibaut System der Pand. § 917.

Leyser med. spec. 127. med. 1.

Überhaupt aber ist bekannt, daß nur wahre Hazardspiele, nicht aber solche Kaufs-Verträge verboten sind, bei welchen Gewinn oder Verlust von zur Zeit noch ungewissen Ereignissen, wohin auch die Veränderung des Curses gehört, abhängig gemacht wird. Allein der fragliche Lieferungs-Vertrag kann aus dem Gesichtspuncte einer Wette gar nicht betrachtet werden, denn der Begriff einer Wette, wie er in Glücks Erläuterung der Pandecten Bd. 11. § 760. richtig aufgestellt ist, paßt nicht auf einen Vertrag, bei welchem keineswegs eine zwischen beiden Theilen streitige Behauptung, sondern eine kaufmännische Speculation zu Grunde liegt.

Staatspapiere werden von allen Rechtsgelehrten als Waaren betrachtet, und so wie der Kaufmann andere Handels-Artikel, wenn er ein Steigen im Preise voraussieht, aufkauft, und bei gestiegenen Preisen wieder losschlägt, eben so muß dieses dem Papierhändler erlaubt seyn.

Auch alsdann ist vielmehr ein Kauf vorhanden, cum quasi alea emitur: l. 8. § 1. D. de contrah. cod. civ. part. 4. cap. 1. § 18. Nr. 1. et cap. 4. § 4.

Annot. ad p. 4. cap. 1. § 15. Nr. 2.

und die bewährtesten Rechtslehrer stimmen darin überein, daß ein solcher Lieferungs-Vertrag als ein klagbarer aleatorischer so lange angesehen werden muß, als das Landesgesetz nicht Klagbarkeit entzieht.

Mittermaier deutsches Privat-Recht 1830 § 189.

Seuffert im Archiv für Civil-Praxis Bd. 9. S 433.
Eichhorns Privat-Recht 13te Aufl. S. 516.

— und nicht bloß das Haupt-Geschäft, sond. auch die bloße Curs-Differenz kann eingeklagt werden.

Der Klagbarkeit steht auch nicht entgegen, daß Kläger seine Klage nicht auf Erfüllung des Vertrages überhaupt, sondern nur auf Bezahlung der Curs-Differenz gerichtet hat, denn nach dem anerkannten Rechts-Axiom: daß bei Verträgen mehr das Rechts-Geschäft gilt, welches die Parteien beabsichtigen, als das wie sie es formel niedergeschrieben haben, kann Kläger auch die allein beabsichtigte Curs-Differenz einklagen. Es entscheidet aber hiefür auch noch der durchgreifende Grund, daß die Klage auf die Behauptung gebaut ist, der Kläger habe die Papiere am bestimmten Lieferungs-Tage zur Übergabe angeboten, die Annahme aber sey vom Erblasser der Beklagten verweigert worden, da unter dieser Voraussetzung immer eine Klage auf Liquidirung des Interesses wegen verweigerter Erfüllung eines Vertrages zuläßig ist; Eichhorn Privat-Recht 3. Aufl. S. 516.; denn wenn ein Theil dem andern die Erfüllung eines Vertrages unmöglich macht, so muß dieser alles Interesse ersetzen, und dieses Interesse bestehet gerade in der Curs-Differenz,

Cod. civ. part. 4. cap. 1. § 20. Glücks Commentar Bd. 4. § 318. S. 313. et § 332. S. 431.

weil die Erfüllung eines Lieferungs-Vertrages von Staats-Papieren, wenn sie am bestimmten Tage nicht geschieht, nicht mehr möglich ist, indem ihr Curs sehr schnell wechselt, und sie morgen den Werth nicht mehr haben, den sie heute darbieten.

Es kann daher dem unschuldigen Theile nicht zugemuthet werden, daß er Papiere, welche während der Weigerung des schuldigen Theiles im Curse gestiegen sind, noch abliefere, und diesem einen Vortheil überlasse, der ihn aus seiner culpa rechtlich nicht erwachsen kann, wohl aber muß ihm in diesem Falle vergönnt seyn, das Interesse selbstständig einzuklagen.

l. 56. D. de contrah. emt. l. 6. D. de lege commissor.

Non quid habeat, sed quid per adversarium habere non potuerat considerandum est. l. 78. D. de regul. juris. Glück Commentar Bd. 4. § 330. S. 417. Bender Verkehr mit Staatspapieren, Göttingen 1830. S. 395.

Kann daher der Kläger beweisen, daß sich der Erblasser der Beklagten in mora befand, so müssen diese dem Kläger alles gegründete Interesse vergüten.

Begriff der mora.

In moram aber, wird der Schuldner constituirt, wenn im Vertrage eine gewisse Zeit der Erfüllung bestimmt und die Zeit verstrichen ist, ohne daß die vertragsmäßige Verbindlichkeit erfüllt wurde.

Wer aber den Gegentheil der mora accusirt, darf sich nicht selbst darin befinden, d. h. er muß bei einem Bilateral-Contracte nachweisen, daß er zur bestimmten Zeit seine vertragsmäßigen Verbindlichkeiten zu erfüllen bereit war, durch die mora des Gegentheiles aber daran verhindert wurde.

Kläger hat nun behauptet, daß er dem Erblasser der Beklagten die fraglichen Staatspapiere realiter in dessen Wohnung tragen ließ, aber weder diesen noch einen Geschäfts-Träger von ihm habe antreffen können, und es entstehet daher die Frage, ob eine solche oblatio genüge, und moram von Seite des Klägers zu purgiren.

— die mora zu beseitigen, genügt eine einfache Oblation.

Gemeinrechtlich ist die Deposition der Staatspapiere als Realoblation nicht nothwendig, sondern es genügt schon das Anerbieten der Übergabe durch einen Notar.

Auch nach dem cod. civ. part. 4. cap. 14. § 15 et 16. läßt sich die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Deposition nicht nachweisen, wenn es sich lediglich um die Frage handelt, ob die mora debitoris purgirt, dagegen der verweigernde creditor in moram constituirt werden soll.

Dieses Gesetzbuch unterscheidet nämlich die oblatio und depositio solemnis von der minus solemnis oder verbalis. Die erstere muß in Gegenwart der Zeugen mittelst Präsentirung der wirklichen Erlage geschehen, und so fort das ob-

latum obsignirt und deponirt werden. Eine solche oblatio hat dann aber auch den nämlichen Effect, wie die Bezahlung selbst.

Die Verbal oder minus solemnis oblatio, welche bloß wörtlich geschieht, hat zwar diesen Effect nicht, jedoch wirkt sie so viel, daß dadurch mora debitoris purgirt hingegen der verweigernde creditor in moram constituirt wird.

Da es sich nun im vorliegenden Falle nur darum handelt, ob Kläger von Seite seiner moram purgirt habe, so würde auch eine solche minus solemnis oblatio zur Begründung seiner Klage genügen, wenn dieselbe nachgewiesen werden könnte. Es concurrirt aber hier der weitere Umstand, daß diese Oblation weder dem Erblasser der Beklagten, noch einem Geschäftsführer von ihm insinuirt werden konnte, weil sich jener von M. entfernt, und einen Bevollmächtigten nicht zurückgelassen hatte, weßwegen Kläger seine Oblation lediglich durch einen Notar constatiren ließ, und es entsteht die weitere Frage: „ob diese Art der oblatio genüge?“

— ist der Käufer weder persönl. noch durch e. Bevollmächtigten anwesend, so genügt es, d. Oblation durch e. Notar constatiren zu lassen. (Cf. Bd. II. der gegenw. Samlg. Rechtsf. V, S. 64.)

Auch diese Frage muß bejaht werden, denn es ist positiven Rechtens, daß, wenn in einem Vertrage kein Ort der Erfüllung bestimmt ist, diese an dem Wohnorte des Creditors geschehen muß.

Friedrich M. war daher befugt, seine Staatspapiere zu M. in der Wohnung des Erblassers der Beklagten durch einen Notar zu offeriren, und N. S., welcher wußte, daß er zur bestimmten Zeit die Papiere in M. übernehmen, und den Preis hiefür zu zahlen verbunden ist, war deßwegen auch gehalten, dafür Sorge zu tragen, daß diese seine Verbindlichkeit in M. zur bestimmten Zeit erfüllt werden könnte.

Diese Pflicht geht aus der eigenthümlichen Natur eines Lieferungsvertrages auf Zeit um so unbezweifelter hervor, als bei dem wechselnden Curs der Staatspapiere, die Er-

füllung des Lieferungsvertrages nicht mehr möglich wird, wenn die bestimmte Zeit umgeflossen ist.

Hatte er sich nun von M. entfernt, ohne für sich einen Bevollmächtigten aufzustellen, der die Staatspapiere gegen Bezahlung des stipulirten Preises in Empfang nehmen konnte, so war er offenbar in culpa und die Verbindlichkeit des Friedrich M. rücksichtlich der Erklärung über seine Bereitwilligkeit den Vertrag von seiner Seite zu erfüllen, kann nicht größer seyn, als wenn S. anwesend gewesen wäre, und die Übernahme der Staatspapiere verweigert hätte.

In diesem Falle wäre M. seiner Verbindlichkeit vollständig nachgekommen, wenn er die Papiere durch einen Notar offeriren, und gegen die verweigerte Annahme einen Protest hätte erheben lassen.

Der ausdrücklichen Verweigerung kommt aber eine factische gleich, und daß in der Abwesenheit desjenigen, welcher an einem bestimmten Orte zu einer bestimmten Zeit etwas leisten soll, eine factische Verweigerung der Erfüllung seiner Verbindlichkeit liegt, wenn er auch nicht durch einen Bevollmächtigten für die Erfüllung Sorge tragen ließ, dieses fällt in die Begriffe und bedarf wohl keiner weitern Ausführung.

M. hat daher auch seiner Verbindlichkeit genügt, wenn er seine Papiere durch einen Notar in der Wohnung des S. offeriren ließ, und dieser dort Niemanden finden konnte, welcher gegen Übernahme der Papiere Zahlung leistete.

Zur gerichtlichen Deposition unter Adcitation des N. S. war er, selbst nach dem Civil. Cod. part. 4. cap. 14 et 16. Nr. 2. nicht verbunden, weil diese Requisite nur bei der solemnen Oblation nothwendig sind, wenn sie den Effect der Zahlung haben soll, wenn es aber nur darauf ankommt, ob Kläger moram purgirt habe, eine oblatio minus solemnis genügt, und dieses ist hier der Fall, da es sich nicht darum handelt, ob M. wirklich geleistet hat, was er vertragsmäßig schuldig war, aber durch die Schuld des Erblassers der Beklagte daran verhindert wurde.

Auch ist es unerheblich, daß die durch den Notar geschehene Oblation dem N. S. nicht insinuirt wurde, denn die

Schuld hieran trägt nicht M., sondern S., weil er sich ohne Bestellung eines Geschäftsführers entfernte, daher dem M. diese Insinuation nicht möglich war, eben deßwegen aber auch ihm aus einer culpa des S. kein Nachtheil zugehen kann; — vielmehr hat dieser allein die aus seiner culpa entstandenen Folgen zu vertreten,

Cod. civ. cap. 1. §. 20.

und wenn er sich nicht treffen ließ, es sey dieses aus Vorsatz oder Fahrläßigkeit, so genügt es zur Purgation der mora von Seite des Klägers, wenn er sich der unter Kaufleuten üblichen Form bediente, und durch seinen Notar sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erbieten, und darüber, daß dieser weder den N. S. noch einen Geschäftsführer von ihm finden könnte, Protest erheben ließ.

— und der Notar ist nicht schuldig, den hierüber levirten Protest gerichtlich zu insinuiren.

Insbesondere war es auch nicht nothwendig, daß der Notar den Protest gerichtlich insinuirte; weil gerade ungerichtliche Weitläufigkeiten zu vermeiden zur Erleichterung des Handelsverkehrs Notare aufgestellt sind, und deren Instrumente die gerichtliche Constatirung vertreten.

Kann daher Kläger beweisen, daß er zur bestimmten Zeit dem Erblasser der Beklagten die fraglichen Staatspapiere durch einen Notar in dessen Wohnung offeriren ließ, und dieser dort Niemand finden konnte, welcher zur Übernahme der Papiere und Bezahlung des Preises dafür ermächtiget war, so hat er von seiner Seite moram purgirt und den S. in dieselbe constituirt; seine Klage erscheint daher, die Wahrheit des fraglichen Vertrages vorausgesetzt, allerdings rechtlich begründet.

Die Beklagten haben aber auch den ganzen Vertrag und namentlich den Umstand widersprochen, daß S. S. diesen Vertrag aus Vollmacht ihres Ehemanns abgeschlossen, oder dieser den Vertrag nachher genehmiget habe. Diese Bepauptungen gehören zum Klagegrund, und müssen daher von dem Kläger bewiesen werden.

Des Beweises einer nachträglichen Genehmigung des fraglichen Vertrages bedarf es aber nicht, weil der Kläger

in zweiter Instanz gar nicht begehrt hat, hiezu gelassen zu werden, und ultra petita auch nicht erkannt werden kann.

Es rechtfertiget sich demnach das Beweisthema, wie es normirt wurde, vollkommen. —

Was dagegen die von den Beklagten opponirte Einrede der Compensation anbelangt, so haben sie diese durch folgende factische Behauptungen zu rechtfertigen gesucht:

Der Kläger F. M. habe von ihrem Erblasser an österreichischen durch Rothschild emitirten Lotterie-Anlehens-Loosen à 100 fl. das Stück zu übernehmen gehabt:

1) 100 Stück am 15. Jänner 1821 à 117 fl. 45 kr.
2) 100 Stück am 9. April 1821 . à 118 fl. — kr.
3) 300 Stück am 15. Dec. 1820 . à 132 fl. 30 kr.

er habe aber zur bestimmten Zeit diese Loose nicht übernommen, sey deßwegen in mora accipiendi et solvendi und verbunden, die Cursdifferenz zu bezahlen, habe dieses aber nicht gethan, Folge hievon sey, daß Compensation eintrete.

Diese Cursdifferenz haben sie aber nicht angegeben, und es fehlt daher ihrer Exception an dem factischen Grunde, aus dem sich das Quantum ihrer Foderung oder der Umstand ob sie überhaupt eine solche haben, erkennen ließe, es kann daher auch nicht auf Beweis dieser Einrede erkannt, sondern sie muß rücksichtlich dieser drei Posten abgewiesen werden. Cod. jud. cap. 4. § 17.

Zwar haben sie den Preis der von ihrem Erblasser zu liefernden Papiere auf die Summe von 63,322 fl. angegeben und behauptet, daß M. die Annahme verweigert habe, und diesen von dem Guthaben des M. ad 65000 fl. abgezogen, sie nur noch 1675 fl. zu ersetzen hätten, allein diese Berechnung ist zur Begründung der Einrede der Compensation ungeeignet.

Die Bitte der Compensation geht nämlich und konnte auch nur auf die Cursdifferenz gehen, weil M. zur bestimmten Zeit die Annahme der Papiere verweigert hat, und die Erfüllung des Vertrags nun gar nicht anders möglich wäre, als durch Übergabe der Papiere und Abzug oder Daraufzahlung der Cursdifferenz zwischen dem Schluß- und Liefer-

ungs=Tage. Zur Übergabe der Papiere haben sich Beklagte selbst nicht mehr erboten, sondern nur die Cursdifferenz verlangt.

Ohne daß aber diese Cursdifferenz angegeben ist, läßt sich gar nicht erkennen, ob dem Beklagten eine Foderung an den Kläger zustehet. Eine solche Foderung würden sie nämlich nur dann haben, wenn der Curs der fraglichen Staatspapiere am Lieferungs=Tage geringer gestanden wäre, als der Übernahmspreis: nur in diesem Falle wäre M. schuldig, an sie dasjenige herauszubezahlen, was der Übernahmspreis mehr beträgt als der Curs am Lieferungs=Tage.

Stand aber der Curs und Übernahms=Preis gleich, so hatte M. gar nichts zu zahlen, weil der Werth der Papiere gerade dem Übernahms=Preise gleich kam, daher keine Curs=Differenz eingetreten ist, und sie sich zur Ablieferung der Papiere jetzt noch auch nicht mehr erboten haben.

Wäre aber der Curs höher gestanden, als der Übernahms=Preis, so hätten sogar die Beklagten an dem M. die Curs=Differenz hinaus zu zahlen und daher durchaus keine zur Compensation geeignete Foderung.

Zur Begründung der Einrede der Compensation hätten daher die Kläger nothwendig anführen sollen, daß der Curs der Staatspapiere zur Lieferungs=Zeit niedriger, und um wie viel niedriger war, als der Übernahms=Preis, weil sich nur unter dieser Voraussetzung bemessen läßt, ob und welche Foderung den Beklagten an dem Kläger zustehe.

Da sie dieses aber unterlassen haben, so fehlt es der Einrede der Compensation an der factischen Begründung und dieser Mangel hat deren Abweisung zur rechtlichen Folge.

Diese Compensation muß aber auch hinsichtlich des Restes der klägerischen Foderung ad 1675 fl. abgewiesen werden. Diese Compensation wollten Beklagte dadurch begründen, daß sie vortrugen: nach einer am 3. Nov. 1820 vom Kläger selbst gefertigten Abrechnung mit dem Beklagten habe ersterer von letzterem nur noch 3300 fl. gut gehabt, und diese an Carl W. cedirt, von welchem sie ihr Erblasser wieder an sich gebracht und folglich die schuldige Summe ersetzt habe.

Allein auch hier ist keine compensable Foderung factisch begründet, denn wenn der Erblasser der Beklagten am 3. Nov. 1820 an dem Kläger noch 3300 fl. schuldig war, dieser aber die genannte Foderung an W. cedirte, und von diesem sie S. wieder einlöste, so folgt daraus nicht mehr, als daß S. diese Schuld ad 3300 fl. wieder getilgt hat, keineswegs aber konnte ihm daraus eine Foderung erwachsen, womit er gegen eine Schuld, die erst Ende Decembers 1820 rechtlich begründet wurde, compensiren kann.

Aus diesen Gründen muß die Einrede der Compensation verworfen und die Kosten I. Instanz suspendirt, die der II. aber compensirt werden.

Cod. jud. cap. 4. § 4.

2c. 2c. 2c.

33.

Ueber Laesio enormis.

Erkenntniß.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Ob in der Emphyteusis auch d. Läsions-Klage statt finde?

Grundsätze ihrer Berechnung in einem solchen Falle.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***Kreis in Sachen des Jacob R. zu S., Kläger und Appellanten, gegen den königl. Fiscus als Vertreter des Klosters St. Clara in R., Beklagten und Appellanten, Giltnachlaß betr., zu Recht:

daß das Erkenntniß des königl. Kreis- und Stadtgerichtes R. vom 15. März und publ. am 10. April h. J. lediglich zu bestättigen sey, und das Kloster St. Clara die Kosten der II. Instanz zu tragen habe.

Urkunde.

Der königl. Fiscus, welcher die Vertretung des bei dem königl. Kreis- und Stadtgerichte N. belangten Klosters St. Clara übernommen hatte, suchte in seiner gegen das erstrichterliche Erkenntniß vom 7. Mai h. J. übergebenen Berufung insbesonders seine beiden Einreden des unrecht gewählten Beklagten, und der eingetretenen Verjährung zu begründen, und die Nachtheile hervorzuheben, welche die Ansicht des Unterrichters für die Grundherren nothwendig herbeiführen müßte. Richtig mag es allerdings seyn, daß die Grundherren dabei in Schaden gesetzt werden; allein dieser Umstand ist nicht zu berücksichtigen, sondern es kommt nur darauf an, ob die Klage gegen den Grundherrn rechtlich Platz greift, und dieses beruht wieder darauf, ob derjenige, welcher ein erbrechtbares Gut kauft, oder der neue Emphyteuta auch in ein neues Verhältniß mit dem Grundherrn tritt, resp. dieses in Bezug auf ihn wieder neu constituirt wird?

Daß dieses wirklich der Fall ist, geht aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Emphyteusis, über das Verhältniß des Grundholden hinlänglich hervor; (conf. cod. civ. p. 4. cap. 7. § 3 bis 24. und Anmerkung dazu) denn es muß sich bei jeder Veränderung nicht nur des Consenses wegen an den Grundherrn gewendet, sondern auch ein neuer Stift oder Erbrechtsbrief errichtet werden, und erst durch diesen wird das ganze Verhältniß rechtlich begründet.

In jenem dem gegenwärtigen Kläger ausgestellten Erbrechts-Briefe ist selbst enthalten, daß ihm die beiden Äcker als neue Erbgerechtigkeit verliehen worden sind, und wenn gleich in denselben die nämlichen Prästationen übergetragen wurden, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß Abänderungen auf die eine oder andere Art hätten eintreten können, z. B. durch gegenseitige Einwilligung ꝛc. Das Gesetz macht keinen Unterschied in den verschiedenen Veränderungs-Fällen, es läßt die Klage wegen enormer Verletzung des Grundholden durch den Canon gegen den Grundherrn unbedingt zu, und eben deßwegen muß angenommen werden, daß in jedem

Veränderungsfalle, so wie sich auf irgend eine Weise eine solche Läsion ergibt, diese Klage gegen den Grundherrn angestellt werden kann.

Die vorliegende Klage ist auch nur darauf gestützt, daß der Canon alle Erträgnisse übersteige, und derselbe daher ganz nachgelassen oder die Zurücknahme der Äcker eintreten müsse. Das Verhältniß zu dem Verkäufer kann bei dieser einmal gesetzlich gestatteten Klage nicht berücksichtiget werden, und eben so wenig kommt es darauf an, wie die Lasten-Repartition bei der Zertrümmerung des Gutes geschah, und wie die andern Grundstücke belastet sind; es handelt sich nur um den Canon, und hinsichtlich desselben muß der Grundherr immer einstehen, folglich die Sache mit ihm ausgetragen werden.

Gemäß dieser im Gesetze begründeten Sätze ist das Kloster St. Clara der rechte Beklagte, und die Klage zur rechten Zeit angestellt, indem der in cod. jud. cap. 4. § 3. bestimmte Zeitpunct noch nicht abgelaufen, ein anderer für diese Klage nicht festgesetzt ist, das Verhältniß des frühern Grundholden zum Grundherrn nicht entscheidet, sondern der neue Vertrag die Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem neuen Grundholden und dem Grundherrn begründet, und es dem Ersten nicht schaden konnte, wenn seine Vorgänger sich bei dem Canon beruhigten, oder überhaupt nach den Zeitumständen dagegen nicht auftreten konnte.

Die beiden genannten Einreden wurden daher mit Recht verworfen, und auf alles weiter in der Berufungs-Schrift gemachte Vorbringen kann um so weniger eingegangen werden, als in der Exception davon keine Erwähnung geschah, und Einreden nur in der Art, wie sie entgegen gesetzt wurden, gewürdiget werden können.

Was die dritte Einrede, nämlich die nachgefolgte Genehmigung des ganzen Verhältnisses von Seite des Klägers betrifft, so ist dieselbe gleichfalls nicht begründet, denn eine förmliche Renunciation auf diese Klage liegt nicht vor, und wenn gleich der Canon einige Jahre fortgereicht wurde, so kann doch darauf eine Genehmigung, wodurch dieses Klage-

Recht verloren ginge, nicht gebaut werden, abgesehen davon, daß es dem Grundholden nicht benommen werden kann, sich vorerst volle Überzeugung hinsichtlich der Läsion zu verschaffen.

Die Stelle in cod. civ. p. 4. cap. 3. § 22. Nr. 5. spricht selbst gegen das beklagte Kloster, weil nach den Anmerkungen dazu der Fall der gerichtlichen Protocollirung, Verbriefung des Kaufes dieses remedium nicht ausschließt, und dasselbe später bei der Emphyteusis ausdrücklich als zuläßig erkannt wurde, demnach es keinem Zweifel unterliegt, daß man sich desselben nach der Verbriefung, und wenn auch der Canon mehrere Jahre gereicht wurde, bedienen könne.

Die hinsichtlich der Einreden-Verwerfung geführte Beschwerde ist daher grundlos und anbelangend das weitere eventuele Vorbringen des appellirenden Beklagten, daß nämlich das Beweisthema in jedem Falle anders normirt werden müsse, laßt sich dasselbe eben so wenig gesetzlich rechtfertigen; denn nach den bereits angeführten Verhältnissen kann die Lasten-Repartition vom Jahre 1804 und der damalige Erbrechtsbrief die Grundlage nicht bilden, sondern es entscheidet der neue Vertrag, welcher zwischen dem Kläger und dem Grundherrn ausgefertigt wurde, und wenn er durch denselben verletzt ist, so kann er auch seine Klage darauf stützen, weßwegen es nicht darauf ankommt, ob die Verletzung schon bei den frühern Gutsveränderungen vorhanden war. Eben so wenig stellt sich das Moment, daß Kläger bis zur Klagestellung die Läsion nicht gewußt habe, als entscheidend dar, und es mußte daher das erstrichterliche Erkenntniß lediglich bestättiget werden.

Da die Beschwerden in keiner Beziehung gerechtfertiget sind, so muß das appellirende Kloster St. Clara die Kosten II. Instanz tragen.

Den 30. August 1833.

34.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den ***, Kreis in Streitsachen des Jakob R., Bauer zu S., gegen das Kloster St. Clara zu R. pcto laes. enorm. zu Recht:

„es sey das Erkenntniß des königl. Kreis- und Stadtgerichts R. vom 18. Sept. in der Art zu bestättigen, daß das Kloster St. Clara schuldig sey, dem Kläger Jakob R. den für die zwei Äcker aus dem sogenannten Plankenbau bedungenen Canon von jetzt an gänzlich nachzulassen, oder diese beiden Äcker gegen Erstattung alles dessen, was Jakob R. gesetzlich verlangen kann, und in separato auszutragen ist, zurückzunehmen habe.

Die Kosten beider Instanzen werden compensirt."

Gründe.

Gegen das vom königl. Kreis- und Stadtgerichte R. erlassene Definitiv-Erkenntniß haben beide Theile die Berufung ergriffen, und da das beklagte Kloster St. Clara den Beweis des Klägers als gänzlich mißlungen angreift, und die Verurtheilung desselben zur Entrichtung des Canons, wie bisher, beantragt, somit die Entbindung von der Klage will, während in I. Instanz der Beweis als geliefert angenommen wurde, so muß die Beschwerde des Fiscalats als Vertreter des Klosters St. Clara vor Allem gewürdiget werden.

Es liegt ein rechtliches Beweis-Interlocut vor, gemäß welchem der Kläger Jakob R. zum Beweise zugelassen wurde, daß er durch den Erbrechts-Vertrag vom 8. Novemb. 1831 enorm lädirt worden sey. Diese Läsion erstreckt sich nach den vorliegenden Verhandlungen auf den Canon, welchen R. jährlich an das Kloster St. Clara zu bezahlen hat, und daß das remed. ex leg. 2. cod. de rescind. auf Seite des Grundholden bei einer Verletzung desselben über die Hälfte durch den Canon Platz greife, geht aus der gesetzlichen Bestimmung cod. civ. p. 4. cap. 7. § 24. Nr. 3. klar hervor.

Deßwegen, und weil dasselbe rechtskräftig auch im vorliegenden Falle zugelassen wurde, kann die weitere Entscheidung nur von dem Resultate des gelieferten Beweises oder von dem Umstande abhängen, ob Kläger durch die auferlegte Leistung des Canons über die Hälfte lädirt sey, keineswegs aber auf andere Neben-Rücksichten eingegangen werden.

Es entscheidet nichts, daß Kläger die fraglichen Äcker als ein zur Zeit des Kaufes mit der nämlichen Gilt belastetes Gut erworben habe, oder daß die Äcker mit diesem Canon schon längst vor dieser Erwerbung belastet gewesen seyen, wie bereits in den frühern Erkenntnissen dargethan wurde.

Es handelt sich nicht um Minderung, sondern um gänzlichen Nachlaß des Canons, und es muß bei der behaupteten enormen Läsion der Umstand, daß in derselben Gegend andere Grundstücke gerade so belastet seyen, ganz unberücksichtigt bleiben, weil nicht das allgemeine Verhältniß die Norm zur Beurtheilung und Entscheidung gibt, sondern das Besondere desfalls, hier die Größe des Canons und Vergleichung mit der Nutzung, Würdigung verdient. In dem L. R. l. c. kommt nirgends vor, in wie ferne ein Canon gerecht erscheine, und in welchem Betrage er nicht verweigert werden könne; insbesonders ist nicht bestimmt, daß er dann nicht angefochten werden könne, wenn er in 20 Jahren zusammengenommen die Schätzung des Erbrechts-Grundstückes nicht überschreite; deßwegen stellt sich auch der Umstand, daß R. um 200 fl. das fragliche Grundstück erworben, und in 20 Jahren einen den Betrag von 100 fl. wenig übersteigenden Canon zu bezahlen habe, als irrelevant dar.

Der Satz, daß der Canon mehr als eine Abgabe in recognitionem dominii als in compensationem fructuum angesehen sey, findet nur gegen den Grundherrn Anwendung, wenn er den Canon als zu gering anfechten will; dem Grundholden steht gesetzlich das erwähnte remedium zur Seite, und es muß daher auch der Fall angenommen worden seyn, daß ein Grundhold durch den Canon wirklich enorm lädirt werden kann. Aus den Anmerkungen ad loc. cit. geht zur Genüge hervor, daß bei Bestimmung des Canons allerdings

auf die Erträgnisse des Guts Rücksicht genommen werde, und eine Verletzung des Grundholden läßt sich rechtlich nur darin finden, daß der Canon zu den Früchten in keinem Verhältnisse stehe, derselbe die Nutzung weit übersteige, und somit der Grundhold im offenbaren Nachtheile sey. Unter den Früchten, oder der Nutzung kann aber nur der reine Ertrag, dasjenige, was nach Abgleichung der Auslagen und Einnahmen übrig bleibt, verstanden werden, und es unterliegt keinem Zweifel, daß derjenige, welcher nach Abzug der Auslagen gar keinen Nutzen bezieht, und doch einen Canon bezahlen soll, durch die Erwerbung des erbrechtbaren Grundstückes in Nachtheil versetzt wurde.

Im gegebenen Falle ist auch der Canon nicht so unbedeutend, daß von einem eigentlichen Schaden keine Rede seyn könnte; er stellt sich in Bezug auf die Größe und Güte des Grundstückes als eine wohl zu berücksichtigende jährliche Last dar, und es kommt demnach darauf an, in welchem Verhältnisse er zu den Früchten steht?

In dieser Beziehung ist der Beweis des Klägers und die erstrichterliche Entscheidung auf eine Berechnung gebaut, welche keinem gegründeten Bedenken unterliegt, und den Betrag der reinen Erträgnisse richtig entziffert, somit auch den Anhaltspunct zur Würdigung der Läsion liefern kann. Dem Gesetze steht es nicht entgegen, wenn nur der reine Ertrag zur Grundlage genommen werde, weil darüber nirgends eine Bestimmung vorkommt, und nirgends ausgesprochen ist, daß der Canon als eine Leistung in recognitionem omnium fructuum, tam naturalium quam civilium des ganzen Nutzeigenthums zu betrachten sey, sofort die Nutzungen im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf die Lasten bei Beurtheilung des Canons genommen werden müsse. In dieser Beziehung hat jedes Gut einen Nutzen, und wegen dieser Benutzung muß der Grundhold die gewöhnlichen Bürden tragen — indessen ist es nothwendig, daß zu diesem auch noch ein Canon auferlegt werde, und der Grundhold sich denselben, wenn er ihn angenommen habe, gefallen lassen

müsse, weil er dadurch das ihm gestattete Remedium unwirksam gemacht hätte,

§ 7. Nr. 1 et 7. et in notis et § 9. l. c.

da eine ausdrückliche Bestimmung hinsichtlich der Beurtheilung der Aufhebung des Canons fehlt, so ist nach allgemeinen und billigen Rücksichten zu entscheiden, und daher die auf den reinen Ertrag gestützte Berechnung als entsprechend anzusehen. Die vom Fiscalate in dieser Hinsicht ausgeführte Beschwerde läßt sich daher nicht rechtfertigen, und die Annahme einer dreijährigen Durchschnitts-Berechnung bei der zugegebenen Art der Bebauung der fraglichen Äcker nicht verwerfen; eben so wenig stellen sich die besondern Erinnerungen auf die einzelnen Berechnungs-Posten als gegründet dar. Die Mehrheit der Zeugen beider Parteien bestättigten, daß für den Winter- und Sommer-Bau zum Ausbau 1 Schfl. Korn und 1 Schfl. Mischling nothwendig ist, und die Ausbeute nur fünffach, also mit 5 Schfl. Mischling angenommen werden kann, und da über den Preis mit 6 fl. pr. Schfl. für's Korn, und 5 fl. pr. Schfl. für den Mischling keine Differenz obwaltet, so muß der Ertrag im Ganzen auf 50 fl. sich entziffern, indem, was gleichfalls nicht bestritten ist, das Feld im 3ten Jahre brach liegen muß.

Unrichtig hat das Fiscalat den von den Zeugen angegebenen Betrag der Schäffel mit 3 getheilt, anstatt die Anzahl der Zeugen zu nehmen, um das Resultat für 1 Jahr zu erhalten, und da die Theilung offenbar mit der Anzahl der Zeugen geschehen muß, und sich dann durchaus kein höherer Betrag ergibt, so läßt sich die Ausbeute nur mit obiger Summe, und nicht mit 62 fl. 50 kr. als ein Mittel-Ertrag für 3 Jahre ansetzen.

Das weitere Vorbringen, daß der Strohertrag geringer angesetzt sey, entspricht den Zeugen-Aussagen nicht; denn nach den Angaben der 4 Probatorial-Zeugen läßt sich nur eine Summe von 18 fl. für das Stroh auf die 3 Jahre in Ansatz bringen, und mit dieser stimmen auch einige Gegenbeweiszeugen ganz überein, so daß bei weitem die Mehrzahl für diesen Betrag spricht, und die übrigen Gegenbeweiszeu-

gen theils unbestimmt deponiren, theils die Ansätze des Fiscalats als überspannt erklären, der Werth des Strohes könnte im äußersten Falle nur auf 20 fl., keineswegs aber auf 27 fl. 20 kr. angenommen werden.

Zu diesen Erträgnissen will das besagte Kloster noch Nebennutzungen gezählt wissen, z. B. die Weide in der Brach, Dünger-Erzeugung, und beschwert sich deßwegen, daß in dem erstrichterlichen Urtheile hierauf keine Rücksicht genommen worden sey. Dieses geschah indessen mit Recht, denn abgesehen davon, daß sich von einem Acker mit solcher Beschaffenheit, wie er aus den Verhandlungen zu entnehmen ist, nach der allgemeinen Erfahrung wenige Nebennutzung erwarten läßt, haben die meisten Gegenbeweiszeugen übereinstimmend deponirt, daß eine solche Nebennutzung gar nicht in Anschlag zu bringen sey, weil, wenn sie wirklich stattfinden sollte, äußerst unbedeutend erscheinen würde.

Was insbesonders den Dünger betrifft, so kann derselbe, in so ferne er aus den Erträgnissen des Grundstückes erzeugt wird, keineswegs in Ansatz zu den Einnahmen gebracht werden, wie gleichfalls aus den Depositionen der Zeugenaussagen hervorgeht, weil das Stroh schon im Werths-Anschlage genommen wurde, dasselbe zum Düngen verwendet werden muß, und dieser dann bei der Verwerthung an die Stelle tritt, weßwegen, wenn der Dünger in dieser Beziehung in Ansatz zu bringen wäre; ein doppelter Werth zur Berechnung kommen würde.

Aus diesen Gründen stellt sich die Berechnung der Ausbeute mit 73 fl. im Ganzen als richtig dar.

Anbelangend die Auslagen, so hat

ad 2. a) des erstrichterlichen Erkenntnisses das königl. Fiscalat eine ganz falsche Berechnung hinsichtlich des Ackers ꝛc. aufgestellt, indem es nur die Bearbeitung des Grundstückes nach der Brache anführte, und jene für den Sommerbau ganz überging. Richtig ist es, daß in dem Beweis-Artikel 9 — 11 von dem Kläger selbst nur ein Betrag von 13 fl. 40 kr. angegeben wurde; allein dieser bezieht sich allein auf das Bachjahr, nämlich auf den Winterbau nach der Brache,

und im Art. 12. wurde dann für den Sommerbau weiters eine Summe von 6 fl. 50 kr. für zweimaliges Pflügen und Eggen angesetzt, und durch die vorliegenden Zeugen-Aussagen sind beide Ansätze hinlänglich bestättigt, ja sie ergeben vielmehr, daß noch ein höherer Betrag gerechnet werden könnte. Die Summe im Ganzen entziffert sich auf 20 fl. 30 kr., somit höchstens um 30 kr. geringer, als vom Richter I. angenommen wurde.

Das beklagte Kloster glaubt, es könnte höchstens die Hälfte nur in Ansatz kommen, wenn dem Grundherrn der Erbrechter gegenüberstehe, welcher mit seinen eigenen Leuten und seiner eigenen Menath das Feld bebaue, dieses gleichsam nur gelegenheitlich besorge, weßwegen die Beurtheilung nicht nach dem Aufwande eintreten könne, den bedungene Arbeiten und Fuhren erfodern. Diese Ansicht, so wie die Behauptung, daß sich dieser Aufwand mit dem Bezuge des ganzen Nutzens compensire, muß verworfen werden, weil diese Vortheile für den Grundholden allerdings nur aus einem größern Aufwande entspringen, indem er seine Menath und seine Dienstboten zu andern Arbeiten verwenden, durch sie, so wie durch den anderweitigen Gebrauch seines Düngers, sich andere Nutzungen verschaffen, oder andere Vortheile erlangen kann, und während er die Verwendung zur Bebauung dieses Grundstückes macht, den Unterhalt und Lohn gleichfalls bestreiten muß.

Es kann eben so gut der Fall eintreten, daß der Mayer mit fremden Leuten, wo nicht alle, doch die meiste Arbeit verrichten muß, und da das Nutzeigenthum im ganzen Umfange genommen hiefür keinen Ersatz gibt, so stellt sich der Ansatz dieses Arbeitslohns, er mag mit fremden oder eigenen Leuten geschehen, als gerechtfertiget dar.

b) Die nämlichen Rücksichten treten bei dem Dünger ein, und er kann keineswegs außer Ansatz bleiben, wie das beklagte Kloster bemerkte, er läßt sich nicht als durchlaufende Post ansehen, was schon oben ausgeführt wurde, sondern ist als eine Auslage zu betrachten, weil das Stroh bereits in Einnahme gestellt ist, und dieses, wenn er verkauft wer-

den will, durch etwas anderes zur Düngererzeugung ersetzt werden muß.

Wird Beweis und Gegenbeweis zusammengenommen, so ergibt sich, daß 6 2/3 Fuhren für 3 Jahre, welche in Ansatz gebracht wurden, nicht zu viel, vielmehr zu wenig sind, und daß sich der Ansatz hiefür in jedem Falle mit 10 fl. 30 kr., wo nicht mit 11 fl. annehmen lasse, und die Verechnung des beklagten Theiles mit 7 fl. 12 kr. unrichtig sey.

Ad c et d. Da gegen das Säerlohn und Saamgetreid 11 fl. 24 kr. nichts eingewendet ist.

Ad e. Die Auslagen für Einärndten der Winterfrucht pr. 8 fl. 36 kr. zusammen durch die beiderseitigen Zeugen-Aussagen bestättigt erscheinen, indem einzelne wenig abweichende Angaben die übereinstimmende Mehrheit nicht entkräften können, dieses auch bei den Ansätzen für die Sommerfrucht mit 6 fl. 33 kr. eintritt, so müssen die Beträge unter die Ausgaben gesetzt werden, wobei bemerkt wird, daß diese Berechnung nur für 41 und nicht für 45 Pifange angenommen wird.

Ad f. Das Drescherlohn mit 6 fl. 24 kr. für die Winterfrucht konnte nicht angefochten werden.

Demnach würden alle Auslagen auf die Ergänzung der Nutzung verwendet, und im geringsten Anschlage nach den Beweis-Resultaten genommen, schon 68 fl. 45 kr. betragen, und hiezu müssen allerdings noch die Grundsteuern, Zehent rc. mit 6 fl. 6 kr. genommen werden, indem sie aus dem Besitze dieses Grundstückes hervorgehen, durch eine Neben-Nutzung nicht aufgehoben werden, und von dem Grundholden in jedem Falle zu bestreiten sind, weßwegen sich im Ganzen eine Summe von 74 fl. 31 kr. entziffert.

Diese Auslagen mit der Ausbeute von 73 fl. verglichen, so ergibt sich ein Deficit von 1 fl. 51 kr. für die 3 Jahre, und es bleibt zur Entrichtung eines Canons offenbar nichts übrig. Dieser selbst beträgt nach dem vorliegendem Anschlage auf 3 Jahre 15 fl. 45 kr., somit für ein Jahr 5 fl. 15 kr., und wird nun erwogen, daß die Zeugen öfter die Auslagen in einem höhern Betrage bestättigen, und bei diesen Verhält-

nissen das Erwerbungs-Capital mit den übrigen Kosten ganz umsonst ausgegeben ist, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Grundhold in einem bedeutenden Nachtheile sich befindet.

Die letztern Umstände dürfen keineswegs ganz außer Berücksichtigung bleiben, wenn eine Beurtheilung des ganzen Werthes eintreten soll, und dadurch ist nun hinlänglich dargestellt, daß gar kein Reinertrag, keine eigentliche Nutzung aus diesen Äckern gezogen wird.

Eine laesio enormis bei dem Canon läßt sich anders nicht annehmen, als wenn dieser die Nutzungen, die reinen Erträgnisse, um mehr als die Hälfte übersteigt, er muß, nachdem bei ihm dieses remedium zugelassen ist, auf die Früchte, und nicht im Ganzen, ohne den Aufwand zu würdigen, bezogen werden, und da der fragliche Acker, den Canon weggerechnet, gar keine Nutzung abwirft, und der Grundhold nicht einmal eine Vergütung für den ausgelegten Kaufschilling bezieht, so muß er hinsichtlich dieser Reichniß, als enorm lädirt angesehen und von dieser Last entbunden werden.

Die Beschwerde des Fiscalats auf Entbindung von der Klage ist daher ungegründet, indem der Beweis der enormen Läsion geliefert erscheint.

Indessen kommt noch eine weitere Beschwerde zu prüfen, weil das Fiscalat am Ende der Berufungs-Schrift angebracht hatte, daß der definitive Ausspruch so hätte gefaßt seyn sollen, daß das Kloster entweder den Canon nachzulassen, oder das Nutzeigenthum gegen Herausgabe des von dem Kläger ausgelegten Werthes zurückzunehmen habe, weil in dieser Beziehung dem Beklagten die Wahl gelassen sey. Hinsichtlich dieses Antrages erklärte der Kläger in der Nebenverantwortung, daß er gegen die allenfallsige Zurücknahme des Ackers von Seite des Klosters sich nicht weigern könne, jedoch, wenn dem Kloster diese Befugniß zuerkannt werde, ihm auf der andern Seite neben Rückerstattung der von Zeit des abgeschlossenen Erbvertrages eingedingten Canons-Beträge, und der alljährliche von ihm durch Mehrausgabe erlittenen Deficits auch die Vergütung aller aus der derma-

ligen Beweisführung resultirenden Impensen für die ganze Dauer seines Erbpachtes zu Theil werden müsse.

Zugleich hatte Kläger auch eine selbstständige Berufung darüber erhoben, daß der Nachlaß des Canons nicht für die ganze Dauer seines Besitzes, oder wenigstens nicht vom Tage der Klagestellung an, bestimmt worden sey, und er verlangte, daß hinsichtlich des Zeitpunctes auf die Verzugs-Zinsen eingegangen werden solle, indem die Annullirung eines Vertrages denselben auch pro praeterito wirkungslos mache, und das Kloster in jedem Falle von der Klagestellung an in malam fidem versetzt sey.

Auf diese letztere Beschwerde muß zuerst eingegangen werden, da die laesio enormis nachgewiesen, der erste Antrag auf Nachlaß des Canons gestellt, und also auch der Zeitpunct des Anfangs desselben zu bestimmen ist, überhaupt die rechtliche Folge davon genau anzuführen kommt. Das erstrichterliche Erkenntniß geht auf gänzlichen Nachlaß des Canons von jetzt an; dieser Zeitpunct ist vom Tage des Erkenntnisses anzunehmen, und er stellt sich auch gerechtfertiget dar, denn der fragliche Canon hatte immer bestanden, ohne daß über die Größe desselben eine Erinnerung gemacht worden ist. Kläger hatte in seiner Klage nur allgemein die Bitte auf Nachlaß des Canons ohne nähere Bestimmung des Zeitpunctes gestellt, und in der Verhandlung selbst angegeben, daß erst nach mehrjähriger Erfahrung zu der Überzeugung der geringen Erträgnisse des Grundstücks und der Verletzung durch den Canon gekommen sey, und das beklagte Kloster konnte davon keine Kenntniß haben, und hatte hinreichende Veranlassung, die Resultate des Beweises abzuwarten. Von dem Zeitpuncte der richterlichen Entscheidung an stellt sich das frühere Verhältniß als gehoben dar, und und in keinem Falle könnte auf den Tag des Erbrechts-Vertrages bei der angeführten Rücksicht zurückgegangen werden, weil auch die gesetzlichen Bestimmungen über Restituirung des Bezogenen cod. civ. P. 4. cap. 3. § 19 — 22. entgegenstehen würden.

Daß auf eine bloße Minderung des Canons nicht eingegangen werden kann, geht schon daraus hervor, daß gar kein reines Erträgniß übrig geblieben ist, und schon deßwegen muß es bei dem gänzlichen Nachlaß sein Bewenden haben.

Indessen kommt noch zu berücksichtigen, daß, weil eine besondere Bestimmung beim Canon nicht gegeben ist, die allgemeine, über die rechtliche Folge bei der laesio enormis eintreten muß, und daß demnach der Verkäufer, hier der auf Erbrecht verleihende Theil die Wahl habe, ob er sein Nutzeigenthum zurücknehme.

Kläger hat auch in der Klage schon angeführt, daß es dem beklagten Kloster frei stehe, die fraglichen Äcker gegen Erstattung alles dessen, was er in Ansehung derselben verwendet habe, an sich zu ziehen, und wenn gleich in den weitern Verhandlungen darüber nichts mehr angeführt wurde, so sind doch die Partheien in appellatorio darüber einig, daß der Beklagte die Zurückgabe fodern kann, und Kläger dagegen sich nicht weigern könne; nur darüber scheinen Differenzen zu bestehen, was dem Kläger gegen diese Zurückgabe erstattet werden muß. Die Klage enthält hierüber nur einen allgemeinen Anspruch ohne Specification und nähere Begründung, und wie die gegenwärtigen Erklärungen beweisen, ist hierüber noch nicht geeignet verhandelt. Den Anhaltspunct gibt die Erklärung

cod. civ. p. 4. cap. 3. § 21. Nr. 3. et in notis,

welche analog bei dem emphiteutischen Vertrage anzuwenden ist, allein es kann darauf noch nicht speciel eingegangen werden, was von dem beklagten Theile zu prästiren ist.

In dieser Beziehung ist die Beschwerde gegründet, und es muß der alternative Beisatz gemacht werden, daß das Kloster die Äcker zurückzunehmen befugt sey, jedoch gegen Erstattung alles desjenigen, was Kläger nach den gesetzlichen Bestimmungen fodern kann, und in separato auf die geeignete Weise auszutragen ist.

Einen weitern Beschwerde-Punct bildet die in I. Instanz ausgesprochene Compensation der Kosten; aus den bereits

angeführten Verhältnissen ergibt sich jedoch, daß von einem Streits-Muthwillen keine Rede seyn kann, und das beklagte Kloster hinlängliche Veranlassung hatte, die Resultate des Beweises und richterliche Entscheidung abzuwarten, und es wurden daher diese Kosten mit Recht um so mehr verglichen, als eine ausdrückliche Bestimmung über die Beurtheilung, wann nämlich bei dem Canon eine enorme Verletzung gegeben ist, nicht vorliegt.

Beide Theile haben die Berufung ergriffen, und größtentheils ohne hinreichenden Grund, indem nur der Antrag, daß dem beklagten Kloster freigestellt bleiben müsse, die Äcker zurückzunehmen, gerechtfertiget sich darstellte, deßwegen müssen auch die Kosten II. Instanz compensirt werden.

Es mußte daher in der oben angeführten Art erkannt werden.

Den 20. Mai 1836.

35.

Ueber die exceptio non numeratae pecuniae.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sache B. R. und B. B. zu B. gegen H. M. zu L., Foderung betreffend, zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts für den * * *-Kreis vom 21. December vorigen, eröffnet den 17. Januar d. J. in der Art, daß die Kläger, so viel die bestrittenen 900 fl. be-

1) Die e. n. p. kann sich auch bloß auf einen Theil der Foderung erstrecken;

2) in der e. n. p. liegt das Geständniß, die Schuld-Urkunde ausgestellt zu haben;

3) eine gesonderte Empfangsbescheinigung beseitigt diese Einrede nicht, eben so wenig eine Abschlags-Zahlung;

4) wenn die e. n. p. bezüglich der ganzen Schuld opponirt, der Beklagte aber einer theilweisen Zahlung überführt wird, so wird er der Einrede verlustig;

5) auch andere Sachen als baares Geld können durch die e. n. p. abgeläugnet werden.

trifft, binnen 30 Tagen zu erweisen haben, daß Beklagter solche auf die in der Schuld-Urkunde vom 8. Sept. 1815 angegebene Art ebenfalls empfangen, oder doch, wie viel hievon. Die Appellanten werden in 6 Thaler Succumbenz-Gelder verfällt.

Entscheidungs-Gründe.

Es leidet keinen Zweifel, daß gegen ein noch nicht zwei Jahre altes Schulddocument, wie dahier der Klage untergelegt ist, die Exceptio non numeratae pecuniae in privilegirter Art Platz greift, und eben so wenig ist es einem gegründeten Bedenken unterworfen, daß, wenn auch der Beklagte bekennt, einen Theil des Verschriebenen empfangen zu haben, jene Einrede doch in Rücksicht dessen rechtlich wirksam bleibt, was er als empfangen widerspricht. Denn was in dieser Beziehung für das Ganze gilt, muß seinem Grunde nach offenbar auch für den Theil gelten.

Es gehört, wenn eine Schuldurkunde noch nicht zwei Jahre alt ist, noch eigener Beweis zur Richtigstellung der Klags-Foderung dazu, daß Beklagter das wirklich empfangen habe, worüber dieselbe ausgestellt ist, so ferne er diesen Empfang läugnet; ob er somit auch diesen Empfang zu Ganz oder zum Theil widerspricht, kann an der Statthaftigkeit jener Einrede hinsichtlich des Widersprochenen ihrer rechtlichen Natur nach nichts ändern, sondern wenn der Empfang zum Theil bekannt ist, so wirket dieses nur, daß solche Einrede den zugestandenen Theil nicht mehr treffen kann. L. 9. Cod. de n. n. pec.

Ganz klar ist es aber auch, daß, wenn der Beklagte die mehr beregte Einrede wirklich macht, sey es nun rücksichtlich des Empfangs im Ganzen, oder bloß eines Theiles, derselbe ex ipso auch behauptet, daß er die Schuldurkunde nur in Anhoffung des ganzen Empfangs ausgestellt habe.

Es stützen sich nun zwar die Kläger noch insbesondere auf drei Gründe, weßhalb sie besagte Einrede des Beklagten, von der an der Schuldurkunde verschriebene Summe zu 1500 fl. nur 600 fl. empfangen zu haben, in Hinsicht des Surplüs zu 900 fl. verworfen wissen wollen, nämlich weil

1. der Schuldurkunde eine gesonderte Empfangsbescheinigung auf die ganze Summe zu 1500 fl. lautend beigefügt ist;

2. weil der Beklagte die Richtigkeit der Schuld in einem Schreiben bestättiget habe, welches derselbe am 19. Februar 1819 an einen der Kläger erlassen; und

3. weil der Beklagte an der Schuld sogar eine Abschlags-Zahlung von 100 fl. geleistet habe.

Allein keiner dieser Gründe ist gewichtig, denn zu 1. hat die Empfangsbescheinigung dasselbe Datum wie die Urkunde selbst, ihr mangelt also das Merkmal einer solchen ex intervallo ausgestellten Quittung, bei welcher der Grund wegfällt, weßhalb gegen eine Schuldurkunde die privilegirte Exceptio non numeratae pecuniae gesetzlich bewilliget ist.

Solche Quittung der Urkunde unter dem nämlichen Dato beigefügt, kann offenbar nicht mehr wirken, als die Quittung in der Schuldurkunde selbst, und die darin geschehene Verzichtung auf jene Einrede; es liegt dieses ganz klar im Geiste des Gesetzes, und fordert solches die Wirksamkeit des Gesetzes in seiner ganzen Absicht, die der Vereitlung nicht blos gestellt werden darf.

Zu 2. aber enthält das Schreiben keineswegs eine bestimmte Bestättigung des richtigen Empfangs der ganzen Summe, und so weit sich Beklagter hierin zur Schuld bekennt, läßt sich solches über den Theil, den er mit 600 fl. als wirklich empfangen auch jetzt zugesteht, nicht erstrecken.

Eben weil aber Beklagter wenigstens des Empfanges von 600 fl. geständig ist, so fällt auch

zu 3. die Relevanz dieses Grundes weg, und stehet diesem die L. 4. Cod. de non numerata pecunia nicht entgegen, welche nach vernünftiger Auslegung den Fall unterstellt, daß Beklagter das Ganze worüber die Obligation ausgestellt ist, empfangen zu haben widerspricht, derselbe aber überführt

wird, an der Schuld selbst schon etwas abgeführt zu haben; hier trifft ihn als Strafe boshaften Abläugnens billig die Folge, wie sie durch jenes Gesetz bestimmt ist; dagegen kann dieses Gesetz keine Anwendung leiden, wenn der des Empfanges zum Theil geständige Beklagte eine diesen Theil nicht übersteigende Zahlung leistete. Denn alle Zugeständnisse und Anerkenntnisse müssen strenge genommen werden; durch eine Bezahlung wird nun aber an und für sich nicht mehr anerkennt, als die Schuldigkeit dessen, so viel bezahlt wurde; fodert der andere noch weitere Zahlung, so muß er im Läugnungsfalle eine dießfallsige Verbindlichkeit erweisen und dießfalls tritt dasjenige ein, was oben schon darüber bemerkt wurde, daß der zum Theil eingestandene Empfang die fragliche Einrede rücksichtlich des übrigen Theils nicht aufhebt.

Es waren daher auch die Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen im Hauptwesen oberstrichterlich zu bestättigen, und nur das Beweisthema wurde deshalb etwas anders gesetzt, weil die Obligation vom 8. Septbr. 1818. über geliehene 1500 fl. ausgestellt ist, die Beklagter theils durch baares Geld theils durch Silberwaaren erhalten haben soll, und Beklagter auch den Empfang des Silbers nur zum Theil eingestanden hat; wie demnach also Beklagter das, was er an Silber, und im Baaren erhalten hat, im Ganzen auf 600 fl. angegeben hat, so konnte auch den Klägern rücksichtlich der übrigen 900 fl. der Beweis auf geschehene baare Vorschießung nicht beschränkt werden, sondern es mußte ihnen der Beweis auch darüber offen gelassen werden, daß Beklagter solche 900 fl. durch die Behändigung alles dessen ebenfalls erhalten hat, worauf die Obligation lautet, also zu 200 fl. durch Silberwaaren und zu 1300 fl. in baaren; oder doch wie viel er hieran mehr empfangen als mit 600 fl. zugestanden ist.

München am 19. Mai 1821.

36.

Advokaten.

(Vergl. Band I. S. 95 — 99.)

Seine königliche Majestät.

Regreß gegen dieselben wegen versäumten Termins.

Erkennen in der Streitsache des B. L. F. in M. gegen den königl. Advokaten X. in B., Entschädigung betreffend, zu Recht:

1. daß Advokat X. von der gegen ihn erhobenen Regreßklage des L. F. vom 24. Febr. zu entbinden sey,
2. die auf diesen Rechtsstreit in sämmtlichen Instanzen sich ergebenen Kosten werden compensirt.

Gründe.

Ad 1. L. F. erhob gegen den königl. Advokaten X. eine Regreß-Klage auf Schaden-Ersatz, weil dieser als sein Anwalt in der Streitsache der K. D. und des Vormundes ihres Kindes gegen ihn F. wegen Vaterschaft und Kindes-Alimentation den Termin zur Abgabe der Erklärung über den ihm deferirten Streitsentscheidungseid versäumt habe, in dessen Folge F. laut rechtskräftigen Erkenntnisses vom 5. Juni 1825 für eidverweigernd gehalten, sofort als Vater des Kindes der D. erklärt, und zur Alimentations-Reichniß für das Kind, zur Entschädigung die K. D., und zur Bezahlung der auf jenen Streit erlaufenen Gerichts-Kosten und Advokaten-Gebühren verurtheilt wurde. L. F. foderte von dem beklagten Advokaten X. den Ersatz alles dessen, was er nach jenem Erkenntnisse an die K. D. und an den Vormund ihres Kindes zu bezahlen hatte, was nach einem spätern Vergleiche mit dieser Gegenpartei bis auf den Betrag von 513 fl. 9 kr. angeblich gemindert wurde, und bezog sich zur Begründung seiner Regreßklage ausdrücklich auf die in jener Streitsache der D. gegen ihn bei dem Patrimonialgerichte B. sich ergebenen Acten, deren Inhalt er also auch gegen sich gelten lassen muß.

Durch diese Acten erscheint aber F.'s Regreß-Klage gegen den königlichen Advokaten X. auf Schadens-Ersatz keineswegs begründet; denn

1) zu einer wider den nachläßigen Anwalt anzustellenden Klage auf Entschädigung wird erfodert,

a) nicht nur, daß der Anwalt eine Proceßhandlung versäumt oder sonst ein Verschulden im Processe begangen, sondern auch

b) daß durch dieses Verschulden des Anwaltes die von ihm vertretene Partei einen wirklichen materiellen Schaden (eine Vermögens-Verminderung deminutionem patrimonii) erlitten hat, indem sie entweder, falls sie Kläger war, durch solches Verschulden des Anwaltes ihren rechtlichen Anspruch an den Beklagten, oder falls sie, wie in dem angegebenen Falle beklagter Theil war, das Recht gegen den ungegründeten Anspruch des Klägers, sein Vermögen zu erhalten, verlor, so daß eine Partei, welche auch ohne jenes Verschulden ihres Anwaltes den Proceß verloren hätte, wegen dieses Verschuldens allein von ihrem Anwalte Entschädigung nicht verlangen kann, da solches offenbar gegen die Rechts-Regel „nemo cum alterius damno fieri locupletior" anstossen würde.

Conf. die Abhandlung sub. num. XVI. im Archive für die civilistische Praxis von Löhr, Mittermaier und Thibaut Band V. S. 399. u. flg.

2) Die vorangeführten Acten des Patrimonial-Gerichts B. weisen zwar nach, daß die Erklärung des königlichen Advokaten X. als Anwaltes des F. über den diesen deferirten Streits-Entscheidungseid um 2 Tage zu spät einkam, und daß in Folge dieses Versäumnisses das Patrimonial-Gerichtes B. den Haupteid für verweigert annahm, und diesem gemäß den F. zur Entschädigungs- und Alimentations-Leistung, dann zur Proceßkosten-Tragung verurtheilte — welches Urtheil wegen Mangels der Berufung rechtskräftig wurde. — Allein die nämlichen Acten beurkunden zugleich, daß F. in dieser besagten Streitsache zwischen der K. D. und ihm auch dann, wenn die dem königlichen Advo-

katen X. zur Last gelegte Verabsäumung des Termines zur Erklärungs-Abgabe über den Haupteid nicht eingetreten wäre, unterliegender Theil geworden seyn würde, sohin durch jenes Termins-Versäumniß einen materielen wirklichen Schaden nicht erlitt; denn

a) K. D. hat den ihr obgelegenen Beweis durch Zeugen, Erbieter zum Erfüllungs-Eide und durch Deferirung des Streit-Entscheidungseides angetreten. Daß letzteres Beweismittel nur eventuel gebraucht wurde, geht aus der Fassung der Beweisantretungs-Schrift hervor, worin die beiden andern Beweis-Mittel zuerst angeführt wurden, und denselben erst die Eidesdelation folgte, die selbst in dem Gesetze (cod. jud. cap. 13. § 2.) nur als ein Aushilfsmittel, also als ein eventueles Beweismittel, nämlich für den Fall erklärt ist, wenn eine Partei ihr Vorgeben darum nicht beweisen kann, weil bei der strittigen Geschichte Niemand zugegen gewesen ist. Auch das Patrimonial-Gericht B. hat die Eidesdelation in der an die streitenden Theile erlassenen Entschließung vom 9. Sept. 1824 ausdrücklich als ein eventueles Beweismittel bezeichnet, und solches implicite auch dadurch anerkannt, daß dasselbe außer der Abfoderung der Erklärung des F. über die Annahme dieses Eides an dem nämlichen Tage (9. September 1824) auch die Instruction des Zeugenbeweises anordnete, welcher sonach das hauptsächlichste Beweismittel der Klägerin war, so daß auch bei rechtzeitlich eingekommener Erklärung des F. über den ihm deferirten Streits-Entscheidungseid jeden Falles die Resultate des Zeugen-Beweises als des primären Beweis-Mittels hätten geprüft werden müssen, und es zur Ableistung des Streit-Entscheidungs-Eides nur dann hätte kommen können, wenn der Zeugenbeweis nicht einmal so weit gelungen wäre, daß die Klägerin wenigstens zum Erfüllungs-Eide hätte zugelassen werden müssen.

b) Dieser Zeugenbeweis ist aber offenbar zu Gunsten der Klägerin D. ausgefallen, welche zu erproben hatte, daß F. sie im Monate Septemb. 1813 beschlafen, oder, daß er ihr nach ihrer Entbindung 4 fl. Alimentations-Gelder gege-

ben und das übrige nachzugeben versprochen habe. — Die zwei Zeugen K. D. und D. L., welche weder nach ihren Antworten auf die Generalfragen, noch aus irgend einem andern actenmäßigen Grunde als exceptionsmäßig angesehen werden können, beurkunden eidlich, daß F. in den Jahren 1813 et 1814 sehr häufig in das Haus des Fuhrmanns D., Vaters der K. D. gekommen sey — und dort öfters übernachtet, und daß er mit der Klägerin auf sehr vertrauten Fuß gelebt, und öfters bei derselben geschlaffen habe; indem beide Zeugen selbst ihn bei der K. D. im Bette getroffen haben — dann daß D. hierauf während der Bekanntschaft mit F. schwanger wurde, und daß die Zeugen selbst hörten, wie dieser die D. zu ehelichen versprach. Die K. D. gab ferner an, daß in ihrer Gegenwart F. der K. D. im Jahre 1822 zur Meßzeit 4 fl. und einen Zeug zu einem Kleide gab, und die D. B. sagte dießfalls, F. habe der D. Kleider und Gelder zur Erhaltung ihres Kindes gegeben, und erst im September 1824, also während des damals anhängig gewesenen Rechtsstreites dieser beiden Theile in der Zeuginnen Gegenwart der D. versprochen 70 fl. als Abfindungs-Summe zu geben.

c) Diese Aussagen beider als exceptionsfrei zu erachtenden Zeugen, welche noch durch die Angaben zweier anderer Zeugen in so weit unterstützt werden, daß diese bestättigen, daß F. in den Jahren 1813 et 1814 öfters in das Haus des Fuhrmanns D. gekommen sey, liefern mit Rücksicht auf die Vorschrift der G. O. cap. 10. Nr. 2. vorzüglich im Betreffe der ersten Alternative des oben erwähnten Beweis-Themas vollständige Probe, so daß es dießfalls nicht wohl mehr des Erfüllungseides von Seite der Klägerin bedurft hätte, wozu dieselbe sich erboten hatte, und welchen sie in omnem eventum bei dem Daseyn eines so starken Beweises ungezweifelt auch geleistet haben würde. In keinem Falle wäre daher bei dieser Actenlage auf das eventuele Beweismittel, nämlich den Streit-Entscheidungseid zu recurriren gewesen, auch wenn F.'s Erklärung hierüber rechtzeitig

eingekommen seyn würde, und wenn derselbe auch in dem patrimonialgerichtlichen Erkenntnisse vom 5. Juli 1825 lediglich aus dem Grunde, weil der Streitentscheidungseid für verweigert erachtet worden, ohne Rücksichtsnahme auf den Zeugenbeweis verurtheilt wurde, so kann F. doch nicht berechtiget seyn, dießfalls von dem königl. Advokaten X. wegen des diesem zur Last gelegten Termines-Versäumnisses Entschädigung zu fodern, weil F. auch ohne solches Versäumniß in seiner Streitsache gegen die D. auf den Grund des Zeugenbeweises hätte verurtheilt werden müssen, er also durch jenes Termins-Versäumniß einen wirklichen Schaden nicht erlitt.

3) Der beklagte Advokat X. hat zwar in den erstrichterlichen Verhandlungen die Einrede, daß F. schon in Folge des vorliegenden Zeugenbeweises sachfälliger Theil geworden sey, nicht vorgebracht; solches war aber auch nicht nöthig, weil es nach der Erörterung ad 1. wesentlich zum Grunde einer wider den nachläßigen Anwalt anzustellenden Klage auf Entschädigung gehört, daß nur durch das Verschulden des Anwaltes der von ihm vertretenen Partei ein wirklicher materieler Schaden zugefügt wurde; daher es dießfalls genügte, daß Advokat X. in seiner Vernehmlassung jede Verbindlichkeit zum Schadensersatze in Abrede stellte und F.'s Klage mit einem allgemeinen Widerspruche belegte. Sache des Klägers wäre es hiernach gewesen, den durch das von ihm behauptete Verschulden seines Anwaltes erlittenen wirklichen materielen Schadens darzuthun, wenn nicht das Gegentheil schon aus dem von ihm selbst zur Begründung seiner Klage allegirten Acten des Patrimonial-Gerichts B. zu entnehmen gewesen wäre.

Bei dem Mangel eines hinreichenden Klagegrundes war daher Advokat X. von der befragten Regreßklage zu entbinden.

Ad 2. Da K. F. die Urtheile der vorigen Instanzen für sich hat — und auch durch die mehrfachen Übersehen des Advokaten X. in der Streitsache des F. und der K.

O. zu dem vorliegenden Rechtsstreite veranlaßt seyn worden mochte, so rechtfertiget sich die Compensation der Kosten sämmtlicher Instanzen in diesem Rechtsstreite.

München, den 9. Mai 1833.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Freyherr v. Welden, Präsident.

Fränkl, Secr.

37.

Ueber die Verbindlichkeit des königl. Fiscus zur Unterhaltung des Uferbaues an öffentlichen Flüßen.

(Nach gem. Rechte.)

Im Namen ꝛc. ꝛc.

In der Sache der königl. Universität Würzburg gegen den königl. Fiscus, den Main-Uferbau zu Mariaburghausen betr., wird die am 24. Dec. v. J. übergebene Klage des k. Universitäts-Verwaltungs-Ausschusses nebst der weiter am 24. des letztverflossenen Monates eingekommenen Vorstellung desselben in den anliegenden Duplicaten dem Gegentheile zur Wissenschaft mitgetheilt und die angestellte Klage als nicht statthaft hiemit abgeschlagen aus den nachstehenden

Gründen.

In dieser Klage wurde das Gesuch gestellt, zu erkennen, daß der königl. Fiscus verbunden sey,

1. das Main-Ufer zu Marienburghausen auf Kosten des Staates durch Dämme und dergleichen Arbeiten so zu befestigen, daß für die Zukunft das Abreißen der dortigen Wiesen verhütet werde;

2. die königl. Universität für den Verlust von 9 1/2 Morgen 22 Ruthen Wiesen zu entschädigen.

Die allgemeinen Gründe des Antrages sind:

A. der Main sey nebst seinen Ufern ein Eigenthum des Staates;

B. die Unmöglichkeit, daß die königl. Universität ihr Grund-Eigenthum selbst dauerhaft und mit eigenen Mitteln gegen die Gewalt des Stromes schütze, dann die Pflicht des Staates, das Privat-Eigenthum zu sichern.

Zu A. Das römische Recht zählt die schiffbaren Flüsse zu den öffentlichen Sachen, deren Benützung Jedermann vom Volke oder jedem Angehörigen des Staates vergönnt war; den Boden der Ufer desselben hingegen zu dem Eigenthume der Besitzer der anstossenden Grundstücke; jedoch auch mit der Beschränkung, daß ebenfalls ihr der Lage an dem Fluße angemessener Gebrauch Anderen gestattet werden müßte oder öffentlich gewesen ist.

L. 30. § 1. ff. de acquir. rer. dominio.

§ 4. Institut. de rer. divis.

L. 5. ff. eodem.

2. Das teutsche Staats-Recht behält zwar das Eigenthum schiffbarer Flüße dem Staate selbst als ein Landeshoheits-Recht oder Regal zur Beförderung des allgemeinen Wohles, insbesondere der Schifffahrt und des dadurch betrieben werdenden Handels vor, erlaubt daher Privatpersonen den Gebrauch des Flußes auf keine andere Weise, als welche die eigentliche Bestimmung desselben nicht hindert, und durch Verfügungen des Staates allgemein, wie die Schifffahrt, oder speciel, wie die Anlegung von Mühlen oder anderer Werke verwilliget wird.

3. Der Grundsatz des römischen Rechtes, daß die Ufer ein Theil der daran stossenden Felder sind, wurde aber dadurch nicht aufgehoben, liegt vielmehr, da sie mit den Grund-Stücken zusammenhängen, in der Natur der Sache, und ist unter Anderem in das preußische allgemeine Land-Recht Th. II. Tit. 15. § 55. mit den Worten aufgenommen: „Die Ufer der öffentlichen Flüße gehören der Regel nach den

Eigenthümern der immittelbar daran stossenden Grundstücke." Auf ihm beruhen ferner die im nördlichen Deutschlande zu dem gemeinschaftlichen Schutze längst hergebrachten Teichbands-Genossenschaften und Teich-Ordnung. Runde in den Grundsätzen des deutschen Privat-Rechtes § 114. sqq. und seine Gültigkeit wird von bewährten Rechts-Lehrern mit einleuchtenden Gründen behauptet.

Stryck in specim. usus moderni.
Pandecten L. I. Tit. 8. § 15.
Wernher tom. II. P. VI. observ. 479.
Mevius P. VI. observ. 479.

Den Eigenthümern der an den Fluß gränzenden Grund-Stücke und Anwohnern liegt also zunächst die Sorge ob, die dazu gehörigen Ufer zu befestigen und ihr Eigenthum gegen Zerstörung oder Minderung zu sichern. Ihnen wächst dagegen auch zu, was allenfalls der Fluß an Erdreich nächst ihren Feldern ansetzt.

Müller ad Struvii Syntagm. jur. prud. L. I. tit. 8. § 76.
Schneidt in elem. jur. franc. § 151.
Leyser specim. 25. medit. H.
Selchov. in elem. jur. publ. § 468.

4. Der Staat, welcher den Fluß selbst als sein Regal und hiezu auch die Ufer benützt, bedient sich hiemit seines Rechtes und füget dadurch Niemandem ein Unrecht zu. Der Klage-Grund, daß der Fluß ein Eigenthum des Staates ist, kann daher nicht genügen, seine Verbindlichkeit zu bewirken, auf Kosten des Staats-Ärars die Ufer gegen den natürlichen Andrang des Flußes und dadurch entstandenen oder zu befürchtenden Schaden des angränzenden Privat- oder Gemeinde-Eigenthumes zu versichern, wenn er den natürlichen Lauf des Flußes weder verstärkt noch hemmt. De vitio loci nihil cavetur; si ex loci vitio damnum timeatur, minime dicendum est, damni infecti stipulationem interponi opportere. Quis enim dubitat, neminem esse, a quo stipuletur, cum nemine nihil faciente locus publicus ipse damnum inferat sua natura.

L. 24. prooem. ff. de damno infecto.

5. Ein Anerkenntniß dieser Verbindlichkeit ist auch nicht aus dem in der Klage angezogenen Artikel 113. des Wiener-Congreß-Schlußactes vom 9. Juni 1815, daß jedem Staate die Unterhaltung der Leinpfade und Besorgung der für ungehinderte Schifffahrt nöthigen Arbeiten obliege, zu schöpfen, indem durch diese Übereinkunft die allerhöchsten und höchsten deutschen Staaten wechselseitig sich zur Begünstigung des allgemeinen Handels und Wandels die Vermeidung aller Störung der Schifffahrt zusagten; aber die Verhältnisse zwischen einem Staate und seinen Angehörigen unter sich keineswegs berührt wurden, also auch nicht ausgesprochen worden ist, daß auf Kosten des Staats-Ärars die Ufer befestiget werden müßten.

Zu B. Die angegebene Unmöglichkeit für die königl. Universität, das Ufer des Maines zu Mariaburghausen dauerhaft selbst zu schützen, in so ferne solche daher rühren soll, daß weiter oben der Fluß einen unregelmäßigen Gang genommen habe, ist gleichfalls unzulänglich, die Verbindlichkeit zur Entschädigung und Abhülfe auf Kosten des Staats-Ärares zu begründen.

Damit darf, um den eigentlichen Gesichtspunct richtig aufzufassen, nicht verwechselt werden die unverkennbare Schuldigkeit solcher Gemeinden und einzelner Güter-Besitzer, zu welchen dann auch der Staat, wenn er in der betreffenden Gegend Grund-Eigenthum besitzt, unbezweifelt zu zählen ist, die Gefahr der Beschädigung, welche sie sämmtlich bedroht, und wenn Einer sein Eigenthum zu schützen vernachläßigt, dasjenige der Anderen noch mehr, als sonst, gefährdet, Jeder an seinem Theile oder durch Zusammengreifen gemeinschaftlich abzuwenden.

Diese Sorge für Abwendung der Wasserschäden, die zweckmäßige Leitung der erfoderlichen Anstalten, Ermittelung der Contribuenten und Jeden treffende Concurrenz-Rate zu dem Zwecke, auf Entscheidung der Streitigkeiten über die Verbindlichkeit, zu concurriren, ist aber zu dem Wirkungs-Kreise der königl. Regierung K. d. J. zunächst gesetzlich gewiesen, folglich dort geeignet, anzurufen.

Edict vom 27. März 1817 § 29 et 34. — 15. April § 51. die Formation und den Wirkungs-Kreis der Regierungen und Staats-Ministerien betr. Verordnung vom 5. Nov. 1817 das Strassen- und Wasserbau-Wesen betr.

Die Unzulänglichkeit ihrer Einkünfte zur Bestreitung aller nothwendigen gewöhnlichen Ausgaben der königl. Universität würde den Zuschuß des im Ganzen Mangelnden aus dem Ärare des für die Aufrechthaltung und den Flor seiner Bildungs-Anstalten besorgten Staates ansprechen, jedoch nicht berechtigen, eine einzelne vorkommende Ausgabe dem Ärare des Staates aufzubürden.

3. Das die Umlage für Gemeinde-Bedürfnisse betreffende Edict vom 22. Juli 1819 benennt Art. I et IV. als einen der Fälle, in welchem solche Umlagen statt finden, oder auch von dem Beitrage hiezu die für besondere Gemeinde-Bedürfnisse bestehendenen Orts-Stiftungen befreit bleiben sollen, denjenigen, wenn die Ausgaben solcher für besondere Gemeinde-Bedürfnisse bestehenden Orts-Stiftungen durch den Ertrag ihres Vermögens nicht gedeckt seyen.

Die Anwendbarkeit dieses Gesetzes, welches nur die Glieder der betreffenden Gemeinde verpflichtet, die Leistungen der für sie vorhandenen Orts-Stftungen, wenn diese sie selbst zu bestreiten nicht vermögen, zu übernehmen, gegen den königl. Fiscus ist also gleichfalls nicht abzusehen.

4. Das Ärar des Staates hat nicht die Bestimmung, würde auch unzureichend seyn, das einzelne Privat- oder Gemeinde-Eigenthum gegen die Gewalt der Elemente zu bewahren und diese Verheerungen zu vergüten. Der durch die Verfassungs-Urkunde bestättigte Grundsatz, daß der Staat jedem Einwohner Sicherheit seines Eigenthumes gewähre, verspricht nur den Schutz, gegen äußere Angriffe, und rechtliche Hülfe gegen Beeinträchtigung durch Handlungen des Staates selbst oder Anderer.

Die Kosten der Wasserbauten müssen in der Regel diejenigen tragen, welche die dadurch entstandene Anstalt zunächst benützen oder damit einen gemeinschaftlichen Schaden von sich abwenden oder doch davon Vortheil ziehen.

L. unica ff. de ripa munienda.
L. Z. C. de immunitate nemini concedenda.
L. 4 et 5. C. de privil. domus auguſtae.
Puffendorf. tom. III. obſerv. 134 et 135.
Wernher. alleg. l. Hart, Handbuch der Polizei-Wiſſenſchaft § 773.

Eine Verbindlichkeit, ganz oder zum Theile durch Beihülfe das Ufer des Mains zu Mariaburghauſen auf Koſten des Staats-Ärares zu befeſtigen, konnte alſo noch daher fließen, wenn der Lauf des Flußes eine dem dortigen Privat-Eigenthume ſchädliche Richtung durch Veranſtalten des Staates genommen hätte, welcher Umſtand nicht behauptet wurde.

Sie könnte endlich noch daher entſpringen, wenn die Unterhaltung der Ufer dem Staate zur Benützung des Flußes als ſeines Regales nothwendig oder doch weſentlich nützlich wäre.

Dieſer Grund wurde zwar in der Klage dahin berührt, daß ein ungeregelter Lauf des Flußes ſelbſt der Schifffahrt nachtheilig ſeyn würde, welches Letztere bereits bei Haßfurt der Fall ſeyn ſoll, was aber nicht hieher gehört.

Die Angabe iſt jedoch in der Geſchichte zu mangelhaft und unſicher gefaßt, als daß ſie an und für ſich die Klage gegen den königl. Fiscus auf Beſtreitung der Koſten des Uferbaues, viel weniger auf Erſatz der ſchon durch die Gewalt des Stromes ſich ergebenen Beſchädigung des Privat-Eigenthumes aus dem Ärare des Staates zu rechtfertigen vermöchte. G. D. cap. IV. § 7.

Da hienach keines der vorgebrachten Momente zur Begründung des Klage-Rechtes gegen den königl. Fiscus genügend befunden wurde, ſo konnte der angeſtellten Klage nicht Statt gegeben werden.

Decretum Würzburg, den 13. Febr. 1824.

Königl. Appellationsgericht für den Untermain-Kreis.
J. M. v. Seuffert, Präſident.
Frey m. p.

38.

Summae refolutionis.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sache der königl. Universität zu Würzburg gegen den königl. Fiscus, den Main-Uferbau bei Mariaburghausen betr., zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichtes für den Untermain-Kreis vom 13. Februar d. J.

Gründe.

Zu den Motiven des erstrichterlichen Ausspruches wird noch bemerkt:

1. Nach römischem Rechte ist es völlig unzweifelhaft, daß das Ufer öffentlicher Gewässer, insbesondere der Flüße, zu dem Privat-Eigenthume derjenigen gehörte, deren Grund-Stücke von dem Fluße bewässert wurden.

Riparum quoque usus, sagt unter Anderem L. I. § 4. de rerum divisione, publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis; itaque naves ad eas adpellere, funes arboribus ibi natis redigare, onus aliquod in his reponere cuique liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. *Sed earum proprietas illorum est, quorum praedici haerent, qua de causa quoque arbores in iisdem natae eorundem sunt.*

Daher lag nach römischem Rechte auch dem Nachbar des Flußes die Sorge für Erhaltung seines ausschlüßlichen Eigenthumes ob; von diesem ist derselbe nach den Gesetzen, insbesondere nach Lex unica ff. de ripa munienda so wenig befreit, daß ihm bei vorhabendem Schutzbaue selbst die Leistung besonderer Sicherheit wegen der nicht gehinderten Schiff-Fahrt obliegt.

2. Diese Rechtssätze sind auch durch das deutsche und insbesondere durch das fränkische Privat-Recht nicht abgeändert; denn es steht

a) der Anwendung des gemeinen Rechtes durchaus keine Verschiedenheit der Institute entgegen. Der Staat nimmt jetzt auch schiffbare Flüße als öffentliches Eigenthum und noch besonders als nutzbares Regal in Anspruch, deßhalb aber noch nicht die Verbindlichkeit auf sich, die nicht zum Fluße selbst gehörigen, sondern solchen nur begränzenden Grundstücke gegen Natur-Ereignisse zu schützen, welche auf den Fluß und durch diesen zerstörend auf die anstossenden Grundstücke wirken, eben weil diese Ereignisse durch menschliche Kraft nicht abwendbare Zufälle sind, deren schädliche Wirkung der Eigenthümer tragen muß, nach dem Rechts-Axiome: Casum sentit dominus.

b) Daher haben auch von jeher die verschiedenen deutschen Land-Rechte, als z. B. das preußische Th. II. Tit. 15. § 55. und das bayerische Land-Recht Th. IV. cap. 16. § 11. die Sicherung der Ufer an öffentlichen Gewässern den einzelnen Besitzern, oder, wo deren Kräfte unzureichend sind, jeden Gemeinden und Genossenschaften überlassen.

c) Aus diesen verschiedenen Provinzial-Rechten haben aber ältere und neuere Privat-Rechts-Lehrer den Grundsatz gebildet, daß das landesherrliche Regal allein, wo nicht Ausnahms-Fälle, insbesondere die Errichtung eines künstlichen Werkes, z. B. eines errichteten Wehres einer Mühle ꝛc. und der dadurch verursachten starken Zuleitung des Stromes eintreten — die Obliegenheit der Erhaltung der anstossenden Grundstücke gegen die Gewalt des frei fließenden Stromes niemals mit sich bringe.

(v. Krülls deutsches Privat-Recht.)

Die Verbindlichkeit (sagt dieser Schriftsteller 1293), Teiche an Flüßen und Seen zu unterhalten, ruht auf dem Besitze der gesicherten Grundstücke und geht auf jeden Besitzer über.

d) Dieselben Grundsätze stellt auch Schneidt § 149 et 151. in elementis juris franconici auf.

Da nun in den Gebiets-Theilen des ehemaligen Großherzogthumes Würzburg durchaus keine diesen Folgerungen aus allgemeinen Rechts-Principien und der Analogie der meisten deutschen Provincial-Statuten entgegenstehenden Verordnungen bestehen, so wurde der gegen den königl. Fiscus auf Ersatz des bisher dem Universitäts-Besitzthume zu Mariaburghausen am Maine durch diesen Strom zugekommenen Schadens und Sicherung des Ufers für die Zukunft von k. Universität gestellte Antrag mit Recht, wie vom kön. Appellations-Gerichte geschehen, abgewiesen.

München, den 12. Juni 1824.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf von Arco, Präsident.

Fränkl, Secr.

39.

Erkenntniß.

Seine königl. Majestät

Der Staat ist Eigenthümer d. öffentl. Flüsse, Ufer und Wehren, u. hat darüber freie Dispositionsbefugniß; er kann daher ohne Einspruch irgend Jemandens Wasserbauten anlegen, den Flüßen e. andere Richtung geben, u. dgl., ohne für d. Minderung der

Ertheilen in Sachen M. B. und Cons., Fischer zu N., gegen den kön. Fiscus wegen Entschädigung, dem letztern die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und erkennen in der Hauptsache zu Recht:

daß der königl. Fiscus von der am 7. Jan. 1825 eingereichten Klage des M. B. u. Cons., wie sie angebracht wurde, zu entbinden ist.

Die Kosten beider Instanzen werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

Fischerei einen Schadens-Ersatz zu leisten, ausgenommen, er wäre durch Verträge hiezu verbunden, oder die Vorrichtg. ganz unnöthig.

Anbelangend die Hauptsache selbst, so ist es ein allgemein anerkannter und im Gesetze begründeter Satz, daß der Staat Eigenthümer der öffentlichen Flüße, Ufer und Wehren ist, und daß er als solcher zum allgemeinen Wohle nach seiner Willkühr Wasserbauten vornehmen, ja selbst das Rinnsal der Flüße verändern kann, ohne daß einem Privaten ein Widerspruchs-Recht dagegen zustehet.

Cod. civ. p. II. cap. 1. § 5. et in not. Nr. 4 et 8.

Soll nun also auch wirklich durch die im Jahre 1824 von der königl. Strassen- und Wasserbau-Inspection vorgenommene Durchbrechung der zwischen der Donau und dem sogenannten Altwasser hingezogenen Wehre der Fischfang der Kläger alle Jahre eine Veränderung erleiden, so können sie doch nicht dafür den königl. Fiscus mit einer Entschädigung in Anspruch nehmen, eben weil derselbe sich, bei dem befraglichen Wasserbaue bloß des ihm auf die öffentlichen Flüße zustehenden Eigenthums- und Dispositions-Rechtes bedienet hat.

Das Fischrecht auf der Donau und in den damit zusammenhängenden Wässern, wie sie sich bilden, von Steppberg an bis zum sogenannten Reisach-Schlößchen ist den Klägern, vielmehr ihren Vorfahrern mit den Fischlehen nur im Allgemeinen verliehen worden, und es konnte also nicht ein Mehreres im Jahre 1810 allodificirt werden.

Daß der Staat bei der ursprünglichen Verleihung des fraglichen Fischlehens durch eine Beschränkung der Staats-Polizei-Gewalt sich verbindlich gemacht hätte, den Lehen-Fischereien zu N. jeden Schaden, welcher sich durch die vorzunehmenden Wasserbauten und Veränderungen des Laufes der Donau ergeben würde, wieder zu vergüten, dieses haben die Kläger selbst nicht behauptet, so wie auch dieses nicht, daß der Staat den jeweiligen Lehenfischern eine bestimmte Quantität der jährlich zu fangenden Fische besonders zugesichert habe, oder daß der fragliche Wasserbau vom Jahre 1824 ganz unnöthig und bloß ex invidia et aemultatione

zum Nachtheile der Fischer geführt worden sey, in welchen Ausnahmsfällen allein der königl. Fiscus auf Schadensersatz belangt werden könnte.

Cod. civ. P. II. cap. II. § 1 et 6. et in not.

Die von M. B. et Consl. gegen den königl. Fiscus am 7. Januar 1825 eingereichte Entschädigungs-Klage ist daher nach ihrem Inhalte keineswegs rechtlich begründet, und es muß also der königl. Fiscus von dieser Klage, wie sie angebracht wurde, entbunden werden.

Graf v. Arco.

40.

Erkenntniß.

Im Namen ꝛc.

1) Ueber die Verbindlichkeit zum Bau und zur Unterhaltung v. Brücken, gilt derf. Grundsatz, wie beim Bau von Strassen.

2) Der Landesherr, welcher e. Land-, resp. Aerarial-Strasse eingehen läßt, ist nicht schuld., die auf solchen Strassen stehenden Brücken noch ferners auf Kosten des Aerars zu unterhalten.

3) Wenn der Staat etwas zu e. allg. Staats-

Erkennt das königl. Appellationsgericht für den Rezat-Kreis in Sachen der Gemeinde Sch. ꝛc. gegen den königl. Fiscus, die Verbindlichkeit zum Bau und zu der Unterhaltung der Ferna-Brücke betr., zu Recht:

daß I. der königl. Fiscus von der Klage in Bezug auf die Verbindlichkeit der Bauung und Unterhaltung der Fernabrücke, und des Ersatzes der vorgeschossenen Summe und der verwendeten Baumaterialien zu entbinden,

II. der klagende Theil mit seinem Antrage auf Lossprechung von der Schuldigkeit der Zahlung resp. des Ersatzes der von dem königl. Ärare in den Jahren 1822 und 1824 auf den Bau dieser Brücke

baar verwendeten 585 fl. 34 kr. und der abgegebenen Baumaterialien zur abgesonderten Austragung zu verweisen sey.

zwecke thut, so greift die Verjährung nicht gegen ihn Platz.

Gründe.

Die Kläger haben ihren Anspruch auf Lossprechung von der Last des Baues, und der Unterhaltung der Fernabrücke und von dem Ersatze der angeblich von ihnen indebite bezahlt gewordenen Summen, so wie der hergegebenen Baumaterialien auf doppelten Grund:

I. der aus dem Zwecke des Staats für diesen entspringenden Pflicht, für die öffentlichen Bedürfnisse zu sorgen;

II. der unfürdenklichen Verjährung fundirt.

In dieser Hinsicht behaupten sie, daß von jeher, und immer, die Unterhaltung und Herstellung dieser Brücke der Reichsstadt N. obgelegen sey, und daß von ihnen hiebei bloß Spann- und Frohndienste geleistet worden, so wie, daß mit der Auflösung der reichsstädtischen Verfassung N.'s jene Verbindlichkeit auf die Krone Bayern, als Regierungs-Nachfolge übergegangen, und solche auch von den königl. Central- und Kreisstellen anerkannt worden.

Es ist nun

ad I. im Allgemeinen richtig, daß Brücken über große in dem Staats-Eigenthume befindliche Flüße unter öffentlicher Authorität gebaut und unterhalten werden; allein bei der Frage wer, ob das Staatsärar oder ein ganzer Bezirk, oder die Gemeinden die Kosten dazu zu bestreiten haben? tritt derselbe Unterschied ein, wie bei den Gemeinde-, Vicinal- und Heer- resp. Ärarial-Strassen. Daß Vicinal-Strassen von den Gemeinden, oder durch Districts-Umlagen hergestellt und unterhalten werden müssen, hierüber liegen die bestimmtesten gesetzlichen Vorschriften vor, und es ist dieses von den Klägern auch nicht in Abrede gestellt. Sie haben aber replicando zu behaupten gesucht, daß die fragliche Brücke das Verbindungs-Mittel einer Strasse sey, welche nur Vicinalstrasse genannt werde, folglich in der That aber nicht eine solche, sondern eine Landstrasse sey, deren

Unterhaltung der Krone Bayern, als Regierungs-Nachfolger des vormaligen Staates N. obliege.

Allein, daß die ehemalige Landstrasse von N. nach N. eine solche nicht mehr, vielmehr eine Vicinalstrasse geworden ist, erscheint als eine notorische Thatsache, und es hat dieses auch der klagende Theil, welcher die auf eine allerhöchste Entschließung vom 22. Februar 1825 sich fundirende, die gegenwärtige Eigenschaft derselben als eine Vicinalstrasse bezeichnende Entschließung der königl. Regierung des Rezat-Kreises K. d. F. seiner Klage selbst beifügte, in solcher unzweideutig eingeräumt.

Er hat dieses aber auch selbst in replicis, wenn er gleichhin wörtlich sagt: „die Strasse, welche die Fernabrücke von einem Ufer der Rednitz zum andern verbindet, ist kein Gem.-Weg, sondern eine Landstrasse, welche die nächste und frequenteste Communication zwischen den Städten N. und N. unterhält, und auf welcher der letztern Stadt ein sehr großer Theil ihres Getraid-Bedarfes zugeführet wird," doch wieder implicite zugestanden, indem er bemerkt: „die Fernabrücke ist eine wahre Land- und Kreisstrasse, für deren Bau und Unterhaltung demnach die Landes-Behörden, d. h. die königl. Kreis-Regierung zu sorgen hat, welcher man übrigens keineswegs vorzuschreiben sich anmaßt, ob sie die Kosten unmittelbar aus der Staats-Casse nehmen, oder solche auf den Etat der Kreis-Umlagen zum Strassenbaue bringen will," somit bei dem wesentlich obwaltenden Unterschied einer Land- und einer Kreisstrasse keineswegs sich getraut, dieser Strasse die Eigenschaft einer Land- resp. Ärarialstrasse, deren Unterhalt dem Staats-Ärare oblieget beizulegen, so wie auch replicando der in der Exception enthaltenen Behauptung, „daß von der fraglichen Strasse kein Weggeld mehr, wie ehedem gefodert werde," nicht widersprochen worden ist.

An sich ist das für das fortwährende Bestehen einer Ärarial-Strasse angegebene Criterium, hergestellt aus der lebhaften Communication der Städte N. und N., keineswegs rechtlich, und stempelt noch keine Strasse zur Land- und Ärarial-Strasse ꝛc.; daß der Staat in der That die mehr

gedachten Straſſen, als Land- und resp. Ärarial-Straſſe nach finanzielen, commerzielen und andern Rücksichten für entbehrlich erachtet hat, liegt unwidersprochen vor.

Daß dem Landesherrn das Recht zustehe, zu bestimmen, welche Wege als Land- und Ärarialstraſſen gebaut werden sollen, und deren Lauf nnd Richtung zu bestimmen, ist keinem gesetzlichen Anstande unterworfen, auch nicht widersprochen, und nicht minder unwidersprechlich ist es, daß er dergleichen Landstraſſen eingehen lassen kann.

Es frägt sich nur:

Kann der Landesherr, der eine Land- und Ärarialstrasse eingehen läßt, für verbindlich erachtet werden, eine auf solche unter öffentlicher Authorität gebaut und unterhaltenen Straſsen stehende Brücke noch ferners auf Kosten des Staats-Ärars zu unterhalten?

Von dem Augenblicke an, wo die Staats-Regierung aus administrativen Gründen die durch die Fernabrücke verbundene Landstrasse von N. nach N. entbehrlich hielt, und deßhalb eingehen ließ, wurde solche eine Vicinalstrasse. Auch diesen Straſsenbau und Unterhaltung besorgt zwar, da sie öffentliche Wege sind, im Allgemeinen die Landes-Polizei (Verordnung vom 8. Febr. 1809 Reggsblatt S. 289.) allein nicht auf Kosten des Staats-Ärars, da solche kein allgemeines Staats-Interesse haben, vielmehr sind dieselben von den mehreren in einem Districte zusammenliegenden Gemeinden und Ämtern, von welchen sie gebraucht und benützet werden, zu tragen. Aus dem Zwecke des Staates und dessen Verbindlichkeit für die öffentlichen Bedürfnisse zu sorgen, kann also dem königl. Staats-Ärare die Verbindlichkeit zum Baue und zur Unterhaltung der Fernabrücke nicht unterlegt werden.

Ad II. Fragt es sich nur, ob nicht privatrechtliche Verhältnisse vorwalten, welche das königl. Ärar baupflichtig darstellen? Der von dem klagenden Theile geltend gemachte Privatrechtstitel wird auf die unfürdenkliche Verjährung ge-

stützt. Allein von dieser kann hier die Rede nicht seyn. Es ist zwar richtig, daß gegen den königl. Fiscus die Verjährung Platz greifen kann, und daß in der Regel der Besitz der Immunität seit unvordenklicher Zeit die Vermuthung deren rechtmäßigen Erwerbes begründet; allein dieselbe kann nnd darf hier einem Privatrechtstitel nicht gleich gestellt werden.

Mag immerhin der Staat, als solcher im Bezug auf die fragliche Brücke, so lange solche noch das Verbindungs-Mittel einer Land- resp. Ärarialstrasse war, deren Unterhalt unmittelbar selbst bestritten haben, — keineswegs folgt hieraus noch eine Verbindlichkeit für die fortdauernde Unterhaltung, da er dasjenige, was er that, hinsichtlich allgemeiner Staats-Zwecke that, nicht aber in der Meinung einer Schuldigkeit gegen den klagenden Theil.

De rebus merae facultatis findet an sich schon die Verjährung nicht statt und am wenigsten da, wo die Staats-Regierung aus Gründen des allgemeinen Beßten handelt, und es hat auch der klagende Theil nirgends behauptet oder angeführt, daß dieselben in opinione obligationis gegen ihn, die bisherige Unterhaltung der Fernabrücke besorgt habe.

Alle diejenigen actus poss., die der klagende Theil für seine Instruction anführt, involviren noch keinen Privat-Rechtstitel, und es kann auch aus den der Klage abschriftlich beigefügten Entschließungen der königlichen Regierung des Rezat-Kreises K. d. J. — nichts gefolgert — kein Anerkenntniß einer obligatorischen Brückenbau-Verbindlichkeit abgeleitet werden, da diese königl. Stelle der gesetzliche Vertreter des Fiscus nicht ist, dieselbe in Bezug auf die Frage: ob das Staats-Ärar oder die Communen, in deren Gebiet sich die Brücken befinden, oder ein ganzer District, oder selbst das ganze Land die Kosten dazu herzuschießen verbunden sey? ein obligatorisches Anerkenntniß nicht eintreten lassen konnte — ein solches nur von der allerhöchsten Finanz-Stelle hätte ausgehen, resp. statt finden können, dieses aber zu erkennen gab: daß, wenn das Finanz-Ärar aus besondern privatrechtlichen Verhältnissen verbunden seyn sollte,

auf den Vicinal-Straſſen auch andere Brücken, als jene über ſchiff- und floßbare Flüße ausſchließend zu unterhalten, oder beſtimmte Beiträge hiezu zu leiſten, es auch künftig hiebei ſein Bewenden haben ſolle, wie ſolche privatrechtliche Verbindlichkeit des Staates, die ſogenannte Fernabrücke zu unterhalten, aber aus den Acten nicht hervorgehe, und noch dazu komme, daß dieſe Brücke, ſeitdem die fragliche Straſſe zur Vicinalſtraſſe geworden ſey, kein allgemeines Staats-Intereſſe mehr beſitze, folglich auch aus dieſem Grunde, ein Anſpruch auf die Erhaltung derſelben aus Staats-Mitteln nicht gemacht werden könne.

Da ſonach aus der actenmäßigen Lage und Sache, resp. den von dem klagenden Theile vorliegenden Zugeſtändniſſen die Momente zur definitiven Entſcheidung der Sache hinlänglich vorliegen, ſo muß der Fiscus von der Klage in Bezug auf die Verbindlichkeit der Bauung und Unterhaltung der Fernabrücke und des Erſatzes der vorgeſchoſſenen Summen, resp. der verwendeten Baumaterialien entbunden werden, indem, da derſelbe zum Bau und Unterhalt der Brücke nicht für obligirt zu erklären ſteht, er auch nicht für ſchuldig erklärt werden kann, die von dem klagenden Theile angeblich in dem Jahre 1811 und 12 zu jenen Zwecken beſtrittenen baaren Geldkoſten von 863 fl., dann die vom 13. März 1813 und 14. Juli 1819 ebenfalls von ihm vorgeſchoſſen ſeyn ſollenden 532 fl. heraus zu erſetzen, resp. zu zahlen.

Muß indeſſen auch der Finanz-Fiscus definitive von der Klage entbunden werden; ſo bleibt immerhin noch dem klagenden Theile überlaſſen, gegen den eigentlich Verpflichteten, wenn er eine Immunität von der Verbindlichkeit zum Bau und zur Unterhaltung dieſer Brücke auf geſetzmäßige Weiſe erlangt haben ſollte, ſeine deßfallſigen Rechte und Anſprüche geltend zu machen.

Und was deſſen weiteren Antrag auf Entbindung von der Schuldigkeit zur Zahlung, resp. Erſatzleiſtung des von dem königl. Ärare in den Jahren 1822 und 24 auf den Bau dieſer Brücke baar verwendeten 585 fl. 34 kr. und der abgegebenen Baumaterialien anbelangt, ſo eignet ſich bei der

Hinsicht, daß nach der Lage und den Verhältnissen der Sache die Immunität der Kläger von jener Bau- und Unterhaltslast nicht auszusprechen stand, dieser Punct zur besondern Austragung. Kosten ꝛc.

U. den 13. September 1823.

v. Feuerbach.

Siebenkees.

Im Zusammenhalte mit dem vorhergehenden Erkenntnisse liefere ich aus einem Rechtsstreite, in welchem der kön. Fiscus zur Verbindlichkeit des Unterhaltes eines Ufer-Beschlächtes lediglich aus dem Titel der unfürdenklichen Verjährung in Anspruch genommen wurde, nachstehende Bruchstücke.

I.

Der dießfalls gestellten Klage setzte der königl. Fiscus unter andern folgende Einreden entgegen:

1. es bestehe keine gesetzliche Bestimmung, gemäß welcher dem Finanz-Ärare als Grundherrschaft einiger Hintersassen der vormalige Commende St. die Pflicht zur Beschlächtung des Ufers der Paar auferlegt werden könnte, sondern es hätten im Gegentheile die Grundholden selbst alle jene Lasten zu tragen, welche aus der Erhaltung des grundbaren Gutes hervorgehen.

2. Eben so wenig bürde irgend ein Gesetz dem Anstösser mit Gründen, oder dem Ufer-Eigenthümer die Unterhaltung des Ufers zum Vortheile Dritter auf, da es jedem Eigenthümer freistehe, sein eigenes Ufer nach Gefallen zu beschlächten, und zu befestigen, um sich vor eigenem Schaden zu verwahren, oder seine Gründe dem Wasser preis zu geben, und sie zu verlassen, in welchem Falle die Nachbarn die Beschlächtung, wenn ihnen daran gelegen ist, auf eigene Kosten ausführen können.

3. Wenn von der vormaligen Gutsherrschaft auch die nothwendigen Beschlächter an den Ufern, so weit als ihre eigenen Grundbesitzungen reichten, unterhalten worden seyn sollten, so sey solches lediglich zur Abwendung des eigenen Schadens geschehen, und es habe hiedurch keine Servitut zum Vortheile Dritter begründet werden können.

II.

Auf den Grund der Klage und dieser hier extractive opponirten Einreden interloquirte das königl. Oberappellationsgericht: die Kläger haben zu beweisen:

daß die Besitzer der Hofmark St. von den ältesten bis auf die neuesten Zeiten, mithin auch das königl. Ärar als dermalige Hofmarksherrschaft bis zum Jahre 1816 ausschließend und ohne Concurrenz der Grundholden die Obliegenheit, die Fluß- und Uferbauten an der Paar, und zwar auch an jenen Grundstücken, welche anderen Einwohnern von St. angehörten, auf ihre Kosten herstellen zu lassen, factisch anerkannt haben.

III.

Nachdem hierauf die Kläger diesen Beweis mit vieler Schwierigkeit aber glücklich durchgeführt hatten, läßt der oberstrichterliche definitive Ausspruch über den Punct der Verjährung Folgendes herkommen:

Die von Seite der Kläger aufgestellte Behauptung, daß die Besitzer der Hofmark St. von den ältesten bis auf die neuesten Zeiten die Uferdämme an der Paar allein und ohne Concurrenz der Grundholden hergestellt haben, ist nur dann erheblich, wenn zugleich erwiesen wird, daß die Herrschaft die fraglichen Bauten nicht bloß zum Schutze ihres Eigenthumes, sondern auch an solchen Stellen des Ufers bestritten habe, an welchen die Besitzungen der Grundholden oder anderer Einwohner von St. entlegen waren, weil nur aus diesem Umstande unter der gehörigen Voraussetzung auf die Verbindlichkeit des königl. Fiscus geschlossen werden kann, auch das Eigenthum der übrigen Ufer-Besitzer durch Verdämmung zu schützen.

Die Begründung einer Verbindlichkeit und des derselben entsprechenden Rechtes durch unfürdenklichen Besitz ist aber als erwiesen anzunehmen, wenn wenigstens zwei über 54 Jahre alte Zeugen von der streitigen Sache aus eigenem Wissen 40 Jahre zurückdeponiren, und zugleich angeben, daß sie ein anderes niemal gehört und den Anfang der streitigen Sache weder selbst wissen, noch anderwärts in Erfahrung gebracht haben.

Cod. civ. P. 2. cap. 4. § 9. und Anmerk. 1. c.

Daß die Hofmarksherrschaft die Uferdämme nicht bloß an ihren eigenen, sondern auch an den Besitzungen der Grundholden auf eigene Kosten unterhalten habe, bekunden nun sowohl die Zeugen N. u. N. theils ausdrücklich, und theils geht diese Thatsache nothwendig aus den Elogien der Zeugen * u. ** hervor, indem nach denselben alle Uferbauten ohne Unterbrechung ausschließend von den Hofmarksbesitzern bestritten wurden, als auch die Acten nachweisen, daß einige Hintersassen zwar keine größern Grundstücke, als Äcker und Wiesen, aber doch ihre Gebäude mit dem dazu gehörigen Grund am Paarfluße besessen haben.

Der Nutznießer kann zwar keine neue Last auf d. Gut bringen, aber den Besitz fortsetzen.

Freyherr von V., als Nutznießer, hätte zwar eben so wenig als der Kommende-Verwalter zum Nachtheil des Eigenthümers eine neue Last auf die Hofmark legen können; wohl aber konnte er mit rechtlicher Wirkung den seit Menschengedenken bestehenden Besitz fortsetzen.

Argum. L. 15. § 7. ff. densu functu.

Ob diese Kosten von dem kön. Ärare bestritten, oder den vorigen Nutznießer zur Last geschrieben worden seyen, ist hier gleichgiltig.

Eine seit unfürdenklich. Zeiten getragene Last schließt die Vermuthung aus, daß sie nur aus gutem Willen getragen worden

Diese seit unfürdenklicher Zeit fortgesetzten Besitzhandlungen schließen bis zum Beweise des Gegentheiles die Vermuthung aus, daß die Hofmarksbesitzer die Uferbauten an dem Eigenthume ihrer Grundholden nur aus gutem Willen unterhalten haben, und begründen sohin

durch sich selbst das factische Anerkenntniß einer Verbindlichkeit.

sey, und begründet durch sich selbst das factische Anerkenntniß einer Verbindlichkeit.

Cod. civ. P. 2. cap. 7. § 5.

Der königliche Fiscus suchte im Wege des Gegenbeweises durch die präsent. 27. Juli 1822 überreichten Probatorialsätze I bis IV. zu beweisen:

daß die Hofmarks-Herrschaft jederzeit nur ihre eigenen Grundbesitzungen mit Uferbauten versichert, keineswegs aber eine Verbindlichkeit anerkannt habe, die Dämme auch an fremdem Eigenthume herzustellen.

Die Wiederholung des gerichtlichen Augenscheines und des Zeugenverhöres lieferte aber den vollständigen Beweis, daß die Gebäude und Grundstücke des Lederers und der Papierfabrike, welche an den Paarfluß stossen, schon lange vor dem Jahre 1816 ein Eigenthum der genannten Grundholden gewesen, und daß demungeachtet das Uferbeschlächt auch an diesen Stellen von den Hofmarksbesitzern ausschließend unterhalten worden sey.

Zwar glaubt der Vertreter des königl. Fiscus, die Hofmarksbesitzer hätten den Uferbau an den Besitzungen der Kläger nur einzig in der Absicht auf eigene Kosten geführt, um ihre eigenen weitbedeutenderen Gebäude und Grundstücke sicher zu stellen, welche unmittelbar und in geringer Entfernung hinter dem Anwesen dieser Grundholden gelegen waren. Dafür scheint auch das Gesetz Cod. civ. P. 4. cap. 16. § 11. Nr. 4. zu sprechen. Dieses Gesetz läßt sich jedoch auf den gegenwärtigen Fall nicht anwenden.

Die Acten weisen nämlich nach, daß nicht nur die Hofmarksbesitzer, sondern auch andere Inwohner, insbesondere der Papierfabrikant und der Lederer bei dem Uferbaue an der Paar betheiliget waren; als Grundholden und Hofmarks-Hintersassen hätten sie daher von der Hofmarks-Herrschaft zu einer verhältnißmäßigen Concurrenz rechtlich angehalten werden können, wenn nicht die Hofmarksbesitzer selbst immer der Meinung gewesen wären, daß ihnen die fragliche Baulast ausschließend obliege.

Cod. civ. p. 4. c. 7. § 8. und c. 16. § 11. Nr. 6. cum not. 2. lit. g. Dadurch wird die Vermuthung ausgeschlossen, daß von Seite der Hofmark der Uferbau bloß zum Schutze ihres unmittelbaren Eigenthumes geführt worden sey.

Übrigens bewähren die Acten, daß der Uferdurchbruch zwischen der B.'schen Wiese und dem Arbeitsplatze der Papierfabrike, also an einer Stelle erfolgt sey, wo der Uferbau vor dem Jahre 1816 von jeher von der Hofmarksherrschaft bestritten worden war.

Den 29. März 1819, wo das königliche Rentamt die erwähnte Anzeige machte, waren die Rustikalien zu St. noch nicht veräußert, und in jedem Falle war, wie gezeigt worden, die Verbindlichkeit, den fraglichen Uferbau zu führen, nicht auf den Heinrich S. übertragen worden. Übrigens gründete das königl. Rentamt seinen Antrag vorzüglich auf die Behauptung, daß seit der Existenz von St. die Uferbauten jederzeit auf Kosten der Herrschaft unterhalten worden, also auf eine Thatsache, welche durch den Beweis der Kläger ihre volle Bestättigung erlangte.

Die königlichen Regierungsbefehle vom 25. Sept. 1819 und 29. Jänner 1820 beweisen zwar, daß die zum dringenden Uferbaue erfoderlichen Kosten von dem königl. Staats-Ärare nur vorschußweise bewilligt worden seyen.

Allein es wurde schon in der Klagschrift angeführt, daß die Befestigung des Paarflußes von Seite der kön. Finanz-Behörden seit dem Jahre 1816 verweigert worden sey. Eben deßwegen wurde durch das rechtskräftige Interlocut ausgesprochen, daß das factische Anerkenntniß der Verbindlichkeit nicht weiter als bis zum Jahre 1816 zu beweisen sey; dem zu Folge sind die in den Jahren 1819 und 1820 eingelegten Verwahrungen unerheblich.

Die Probatorial-Zeugen bewiesen ferner, daß eine Bau-Concurrenz seit unfürdenklichen Zeiten weder gefodert, noch geleistet worden sey, und der königl. Fiscus, welcher sich im Besitze der Guts- und Baurechnungen befindet, konnte daraus selbst nicht nachweisen, daß der fragliche Geldbeitrag auch nur ein einzigesmal entrichtet und verwahrt worden sey.

Weder das Saalbuch noch andere Probmittel weisen einen fehlerhaften Anfang oder Fortgang des unfürdenklichen Besitzstandes nach, und wenn man durch ein Document nur so viel beweisen könnte, daß sich die Sache vor diesem einmal in einem anderen Zustande befunden habe, so wird der Beweis der Verjährung von unfürdenklicher Zeit dadurch nicht aufgehoben. Cod. civ. P. 2. c. 4. § 9. Nr. 3. und Anmerkung l. c. n. 2.

Selbst, wenn es vollkommen bewiesen worden wäre, daß die im Saalbuche vorgetragene Verpflichtung noch im Jahre 1816 und 1819 auf der Papierfabrike gelegen sey, so könnte der königl. Fiscus nicht von der gegen ihn angestellten Entschädigungs-Klage entbunden werden.

Denn in diesem Falle hätte der Beklagte die früher geläugnete Verbindlichkeit der Hofmarksherrschaft, die Uferbauten oberhalb der Papiermühle herzustellen, nunmehr selbst eingestanden, und zwar in der Art, daß die Besitzer der Papierfabrike der Herrschaft bloß den dritten Theil der erlaufenen Kosten zu ersetzen gehabt hätten.

Es ist durch die Probatorial-Urkunde Lit. k. bewiesen, daß B. die, seinem Anwesen drohende Gefahr schon im März 1816 bei dem ihm vorgesetzten Rentamte angezeigt habe; und daß diese Anzeige den königl. Baubehörden zur Kenntniß gebracht worden sey, bestättigen selbst die vom kön. Fiscus vorgelegten Documente.

Das königl. Staatsärar wäre daher verpflichtet gewesen, den dringenden Uferbau ungesäumt herzustellen, wobei es demselben unbenommen gewesen wäre, von dem B. den erweislich schuldigen Beitrag einzuheischen.

Auch unter dieser Voraussetzung hätte demnach der kön. Fiscus den durch die schuldhafte Vernachläßigung seiner Obliegenheit entstandenen Schaden zu vergüten.

41.

Competenz.

(Verbindlichkeit des kön. Fiscus z. Schaden=Ersatze.)

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Wegen polizeilicher Verfügungen kann der k. Fiscus nicht zur Rede gestellt werden, wohl aber wegen Finanz-Entschließungen.

Erkennen in Sachen des Ignatz B. und Consorten von B. gegen den königl. Fiscus, Entschädigung betr., zu Recht: und bestättigen die von dem königl. Appellationsgerichte für den *** Kreis am 11. October v. J. erlassene Entschließung unter Verurtheilung der klagenden Gutsbesitzer in eine Succumbenz=Taxe von 6 Thalern.

Entscheidungs=Gründe.

So wenig daraus, daß das königl. Appellationsgericht die am 8. August v. J. bei demselben übergebene Klage dem Vertreter des königl. Fiscus zur Vernehmlassung mittheilte, der Schluß gezogen werden kann, es habe sich das Gericht für competent erklärt, indem die blosse Mittheilung das Vorbringen der Einrede der mangelnden Competenz von Seite des beklagten Theils nicht ausschließt, und im Falle dieses Vorbringens das Gericht erst über seine Competenz zu erkennen hat, eben so wenig kann daraus, daß der Fiscus sich gegen das Mittheilungs=Decret nicht verwahrte, gefolgert werden, er habe die richterliche Zuständigkeit anerkannt; hier um so weniger, als die königl. Kreisregierung K. d. F. in ihrem dem klagenden Theile abschriftlich mitgetheilten Communicate des Gerichtes Zuständigkeit sehr bestimmt in Widerspruch gezogen, und ihren Fiscal deßwegen gar nicht ermächtiget hat, die diesem mitgetheilte Klage zu beantworten.

Die Beschädigung, welche die Kläger an ihren Feldern durch Überschwemmung und durch den Eisgang im Frühjahre

1823 erlitten haben, wird von ihnen der Demolirung ihres Dammes zugeschrieben, wodurch dem Mainstromme das Eindringen in ihre Felder möglich gemacht worden sey. Diese Demolirung wurde mittelst einer Entschließung der königl. Regierung K. d. J. vom 15. Januar 1823 anbefohlen; bei Erlassung dieser Entschließung handelte die Kreisregierung als obere Polizei-Behörde, was auch die in der genannten Entschließung vorkommenden Worte „in polizeilicher Hinsicht“ deutlich aussprechen. Wegen polizeilichen Verfügungen und deren Folgen kann aber der königl. Fiscus vor den Gerichten nicht zur Rede gestellt, und nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Der königl. Fiscus hat nur in allen streitigen Privat-Verhältnissen bei den Gerichtshöfen Recht zu nehmen; was aber eine Landes-Administrativ-Stelle von Polizei wegen und innerhalb der Gränzen ihrer amtlichen Befugnisse vornimmt, dieses fließet nicht aus einem Privatrechts-Verhältnisse, und begründet eben so wenig ein solches. Die Klage der Gutsbesitzer von B. ist gegen den kön. Fiscus auf Bezahlung einer Entschädigungs-Summe von 20,103 fl. 42 kr. gerichtet; da von Seite des Staatsärars und der Finanz-Behörden nichts vorgenommen wurde, welchem die erlittene Beschädigung zugeschrieben werden könnte, so wurde der Fiscus mit Unrecht in Anspruch genommen; zwar wird sich in der Regierungs-Verfügung vom 15. Januar 1823 auf die bereits vom königl. Staatsministerium der Finanzen anbefohlene Demolirung des B.-felder Dammes bezogen; allein so wie die königl. Kreisregierung K. d. F. in ihrem Communicate vom 4. Sept. v. J. bemerkt, daß dasjenige, was von Seite des Finanzministeriums verfügt worden sey, nur auf die technische Leitung der Demolirung in Rücksicht der *** Fluß-Correction Bezug gehabt habe, so ergibt sich schon aus der Regierungs-Entschließung vom 15. Januar 1823, selbst aus ihren Motiven, aus der ausdrücklichen Beziehung auf polizeiliche Rücksichten aus der Unterschrift (K. d. J.), daß die Verfügung keine Finanz-Maaßregel war und seyn konnte, sondern daß sie auf polizeilichen Rücksichten beruhte,

wie denn auch der hier fragliche Verwaltungs-Zweig durch die Verordnung vom 27. März und den Cabinets-Befehl vom 15. April 1817 der Regierung K. d. J. und dem Staats-Ministerium des Innern, nicht aber jener der Finanzen zugewiesen war.

Diesemnach stand den Klägern kein Grund zur Seite, wegen der ihnen zugegangenen, durch eine eigentliche Regierungs- und Polizei-Handlung herbeigeführten Beschädigung das Staatsärar in Anspruch zu nehmen, und die dasselbe vertretenden fiscalischen Behörden zu belangen.

So wie endlich über die Frage, ob wegen der — zu einem öffentlichen Zwecke — nöthig befundenen Correction des *** Flußes von einzelnen Gutsbesitzern ihr Privat-Eigenthum abgetreten werden müsse, schon einige Jahre vorher bei den Administrativ-Behörden Verhandlungen eingeleitet waren, wie es die durch die Verfassungs-Urkunde bestättigte Verordnung vom 14. August 1815 vorschreibt, und so wie nach § 1. besorgliche Überschwemmungen als solche öffentliche Zwecke anzusehen sind, auch nach § 5. die Abtretung, wenn sie ohne Nachtheil des dadurch erzielten öffentlichen Zweckes nicht verschoben werden kann, nicht aufgehalten werden darf, und den betheiligten Eigenthümern vorgängig die dafür gebührende vollkommene Entschädigung zugesichert werden muß, eben so wird den klagenden Güterbesitzern, wenn über die Art und den Betrag der geleisteten Entschädigung Streit entsteht, und wenn sie denjenigen belangen, zu dessen Gunsten die Abtretung erfolgte, der sie also zu entschädigen verbunden ist, die richterliche Hülfe auf Seiten der Justizbehörden nicht versagt werden. Die Regierung K. d. J. hat ihnen in ihrer Entschließung vom 15. Januar 1823, mittelst welcher sie eine plötzlich drohende Gefahr ohne allen Verschub abzuwenden, und solche vollziehen zu lassen sich veranlaßt fand, die Entschädigung für den nach erfolgten Eisgang auszumittelnden und aufzunehmenden Schaden auch zugesichert, wenn solches die Verordnung vom 14. August 1815 bestimmt.

Aus dieseu Gründen ist bestättigend, so wie oben geschehen, erkannt worden.

München, am 6. Juli 1829.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Rittter.

42.

Spolium.

Erkenntniß.

Das königl. Appellationsgericht für den *** Kreis erkennt in Sachen *** gegen den königl. Fiscus wegen eines angeblichen Spolium zu Recht:

daß die Klägerin mit der erhobenen Spolienklage abzuweisen sey, und sämmtliche Kosten zu tragen habe.

Wo die Regierung nicht in Privat-Verhältnissen, sondern als Staats-Behörde auftritt — da findet keine Spolienklage gegen sie statt.

Gründe.

Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. et in not. lit. H.

Auf keinen Fall könnte aber die Klägerin mit einer Spolienklage gegen den königl. Fiscus auftreten, indem es sich hier um eine Verfügung handelt, welche von der Regierung, nicht im Privat-Verhältnisse, sondern als Staats-Behörde getroffen wurde, d. i. um einen den Vollzug der Constitution betreffenden Act der Staatsgewalt, welcher durch die bürgerlichen Gerichtshöfe nicht gehemmt werden kann und darf, sondern wogegen sich der Betheiligte bei dem Staatsrathe nach dem § 7. Nr. 11. der revidirten Instruc-

tion für den königlichen Staatsrath vom 9. Januar 1821 zu wenden hat.

Aus diesen Gründen ꝛc.

München, am 17. Mai 1825.

43.

Competenz.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Der Staat als Administrativbehörde ist befugt, die Preise für Löhnung, wobei das Publicum im Allgemeinen betheiligt ist, herabzusetzen.

Ueber Klagen aus solchen Verfügungen haben daher auch nur die Administrativ-Stellen zu erkennen.

Erkennen in Sachen der bürgerl. Holzmesser zu A. gegen den königl. Fiscus wegen Entschädigung zu Recht:

und bestättigen das von dem königl. Appellationsgerichte des *** Kreises am 28. Februar 1828 erlassene Erkenntniß.

Die Kosten beider Instanzen werden compensirt, und die Revidenten in 6 Thaler Succumbenz-Geld verurtheilt.

Entscheidungs-Gründe.

Die Holzmesser in A. wollen von unfürdenklichen Zeiten von jedem in die Stadt gekommenen Wagen Holz, wenn auch das Holz nicht gemessen worden, 6 kr. Auslösgeld von Käufer und Verkäufer bezogen haben.

Die königl. Regierung des *** Kreises K. d. J. hat aber am 13. Juni 1823 einen solchen Bezug von ungemessenem Holze verboten, und das königl. Ministerium des Innern am 7. Januar 1824 diese Verfügung nicht nur bestättiget, sondern ihnen auch später bedeuten lassen, daß eine Competenz des Staatsrathes nicht anerkannt worden.

Die Holzmesser traten daher bei dem königl. Appellationsgerichte des ***Kreises gegen den königl. Fiscus mit einer Klage auf, worin sie entweder Wiedereinsetzung in den vorigen Bezug oder eine Entschädigung von 3800 fl. begehren. Es setzte ihnen aber der königl. Fiscus die Einreden entgegen, daß das königl. Appellationsgericht in dieser Sache nicht competent sey, und diese Einrede ist auch vollständig begründet.

1. Die Feststellung von Preisen für Löhnungen, wobei das Publicum im Allgemeinen betheiligt ist, gehört lediglich zum Ressort der Polizeistellen.

2. Die Polizei- und Administrativ-Behörden verfügen und erkennen in derlei Polizei- und Administrativ-Gegenständen aus eigener durch die Gesetze ihnen eingeräumten Gewalt, sie sind hierin keineswegs den Justiz-Stellen untergeordnet, sondern nur ihren vorgesetzten Behörden verantwortlich.

3. Die Justiz-Stellen sind nur da competent, wo der Klage ein bürgerlicher Rechtstitel zum Grunde liegt, und der Gegenstand selbst civilrechtlicher Natur ist, was aber in vorliegender Sache der Fall nicht ist.

a) Die Kläger führen libellando selbst an, daß früher 10 kr. bezahlt, aber auf 6 kr. reducirt worden, so daß also die Taxe einer Veränderung unterliegen könne.

b) Alle ihre Klags-Beilagen beweisen, daß sie die Renitenten allezeit bei der Polizeibehörde belangt, und daß diese darüber erkannt habe.

c) Sie bemerken überall, daß sie wegen des Bezuges dieser 6 kr. ihre alten untauglichen Mitglieder unterhalten, also eine Last tragen müssen, welche ihnen ex jure civili nie auferlegt werden könnte, und daß also die Gestattung des Bezuges und dagegen die Überbürdung einer Last lediglich Ausfluß von polizeilicher und administrativer Gewalt war.

d) Die Holzmesser leisten auch für diese 6 kr. weder dem Käufer einen Dienst noch dem Verkäufer, sie stehen mit diesem in keinem Contract-Verhältnisse, und die 6 kr. Auslösgebühr sind vielmehr eine von der Polizei- und Administra-

tivbehörde bewilligte Localauflage zu Gunsten dieser Holzmesser gegen Übernahme von Leistungen und zu Besserung ihres Einkommens. Über Bestimmung von Local-Auflagen und deren Verwendung stehet aber wieder den Justizstellen keine Competenz zu. Eben darum kann aber auch der § 8. der Verfassung und eben so wenig die Verordnung vom 17. Juni resp. 4. Februar und die Verordnung vom 14. August 1815 hieher bezogen werden, weil dort überall eine Civil-Rechtssache vorausgesetzt wird.

Aus diesen Gründen, und weil der königl. Fiscus gegen den Tenor Sententiae nicht appellirte, mußte daher, wie geschehen erkannt, die Kosten beider Instanzen aber, da die Kläger nicht als muthwillige Streiter zu betrachten sind, compensirt werden.

München, den 23. Juli 1829.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Mann.

44.

(Schadenersatz-Verbindlichkeit des königl. Fiscus betr.)

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Weñ d. Staat als Administrativbehörde in gesetzlichen Schranken handelt, so kann eine Entschädigung (z. B. egen Verhaftnahme) nicht begründet werden.

Erkennen in der Streitsache des Canonicus E. gegen den kön. Fiscus peto. Indemnisationis u. s. w. zu Recht:

daß der königl. Fiscus gegen das oberstrichterliche Erkenntniß vom 29. April 1823 in den vorigen Stand einzusetzen sei, in der Hauptsache aber die von erwähnten Ca-

nonicus E. gegen den kön. Fiscus erhobenen Entschädigungsklage zurückzuweisen sei.

Entscheidungs-Gründe.

1. Gegen das Erkenntniß vom 29. April 1823 müsse dem kön. Fiscus die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf den Grund der nachgetragenen Administrativacten ertheilt werden, die Zuständigkeit des Gerichts einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Gegenstand bildet, und es hier effective die Beseitigung einer Nullität ex defectu jurisdictionis gilt. Was aber

2. die Sache selbst betrifft, so finden alle von Canonicus E. in seiner Klage vorgebrachten und zur Begründung einer Civilklage angenommene Asserte nun mehr in jenen Administrativacten ihre volle Widerlegung. Canonicus E. ließ nämlich vorkommen:

a) seine Abführung von dem Kloster H. in das Priesterhaus nach D. sey ohne die geringste schuldhafte Veranlassung von seiner Seite verhängt,

b) er, weder vor noch nach seiner Arretirung über die Ursache dieser seiner Mißhandlung in Kenntniß gesetzt, und

c) in dieser marternden Ungewißheit über 6 Monate gelassen worden.

ad a) Aus den Administrativacten gehet hervor, daß zu Folge einer im Jahre 1815 gegen die Conventualen des Stifts H. gepflogener Cumulativ-Untersuchung, wobei auch Priester E. über manche ihm zu Last gelegenen Anschuldigung zur Rede gestellt wurde, von der allerhöchsten Stelle im Einverständnisse des erzbischöflichen Consistoriums unterm 31. März 1806 das Rescript erschien, daß diese Geistlichen nach und nach je zu 2 wenigstens auf 1/2 Jahr in das Clerical-Seminar nach S. gebracht, und daselbst unter strenger Aufsicht des Priesterhaus-Vorstandes in den Studien und Arbeiten des Berufes geübt und zur Ordnung gewohnt werden sollen.

Die in Kraft des der Staatsgewalt zustehenden obersten Schutz- und Aufsichtsrechtes über die Kirche und ihre Diener erlassene Verfügung, wurde keineswegs aufgehoben, sondern

wegen der inzwischen eingetretenen Territorial-Veränderung nur verschoben, und Canonicus E. hätte demnach in seiner im Monat August 1807 erfolgten Abführung in das Priesterhaus nach D. allerdings den Vollzug jener Anordnung erblicken können.

Aber auch das spätere Ministerial-Rescript vom 23. August 1807 vermöge dessen Canonicus E. zunächst in das Priesterhaus D. abgeführt wurde, und als von der Vorzeit unabhängig und sohin als selbstständig betrachtet, kann hierin die Competenz der Staatsgewalt oder die Administrativstelle doch nie verkannt werden. Zur Zeit, als es die Aufhebung dieses Klosters galt, lag die amtliche Anzeige vor, daß das Kloster schon früher angefangen habe, ohne eingeholte Bewilligung seine grundherrlichen Rechte auf die nachtheiligste Weise dadurch zu schmälern, daß es die Ablösung der Getraidgülten und überdieß nach einem ganz nachtheiligen Maaßstab gestattete, eine Summe von 12642 fl. eingenommen, und in die Rechnung gesetzt habe, und endlich daß die widerrechtliche Zueignung und Verschleppung der erlösten Gelder hauptsächlich dem Canonicus E., als aufgestellten Administrator zur Last fallen, und dieser als Ausländer der Flucht verdächtig seyn möchte.

Bei der dringenden Gefahr, welche hier auf den Verzug ruhte, blieb wohl nichts anders übrig, als sich der Person jenes Administrators per modum provisorii auf dem Wege der den Administrativ Stellen über ihre Angehörige wegen Untreue im Amte zustehenden General-Untersuchung zu bemächtigen, und dem kön. Staats-Ministerium des Innern kann um so weniger eine Überschreitung seines Wirkungskreises zugemuthet werden, als dieser allerhöchsten Stelle die Oberaufsicht über das Kirchenvermögen in letzter Instanz anvertraut ist, und zu diesem Wirkungs-Kreise auch die obere Leitung der gegen den Administrator E. anhängigen General-Untersuchung gehörte.

ad b) Weisen die administrativen Acten klar nach, daß Canonicus E. schon Anfangs des Monats September also bald nach seiner Abführung über die eigenmächtige Getraid-

Gült-Ablösung und zugleich über die Verwendung der erhobenen Summe zu einer umfassenden Verantwortung gezogen, und von ihm auch eine Verantwortung abgegeben worden sey; ihm aber früher eine Verantwortung abzufodern, wurde aus wohl erwogenen Gründen für zweckwidrig erachtet.

ad c) Es begreift sich wohl von selbst, daß die Detention des Administrators E. nicht eher aufgehoben werden konnte, als bis die abgegebene Verantwortung für genügend erachtet wurde, so wie er denn sogleich auf freien Fuß gesetzt, und ihm als Priester ein bestimmter Wirkungskreis angewiesen worden ist. Nur in dem Falle, wenn die Verantwortung ungenügend ausgefallen wäre, hätte sich die Sache zu dem Criminalgericht geeignet.

Nachdem nun alle in der Klage aufgeführten Momente, welche damals zur Grundlage angenommen wurde, um auszusprechen, es liege ein Justiz-Gegenstand vor, aus den dem köni. Fiscus nachträglich vorgelegten Administrativ-Acten eine solche Gestaltung angenommen haben, wodurch nun mehr die entgegengesetzte Ansicht gerechtfertiget wird, so mußte in der Hauptsache erkannt werden, wie im Urtheile geschehen ist.

München, den 6. November 1826.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco.

45.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des königl. Rechnungs-Assistenten G. K. in W. gegen den königl. Fiscus wegen Auszahlung des vollen

Eine neu eintretende Regierung übernimmt in der Regel die

Diener der vorigen Regierung nicht mit mehr Rechten, als sie unter der letztern hatten.

Gehaltes und dießfallsiger Entschädigung, zu Recht:

und bestättigen das von dem Appellationsgerichte des *** Kreises am 8. Jän. d. J. erlassene und am 15. des nämlichen Monats eröffnete Erkenntniß mit Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz und in 6 Thaler Succumbenzgeld.

Entscheidungs-Gründe.

Appellant K. hat seine Klage gegen den königl. Fiscus, ihm den Gehalt von 930 fl. 30 kr. für die Zukunft zu verabfolgen, und ihm für das Vergangene die erlittene Gehalts-Verkürzung sammt Zinsen zu ersetzen, lediglich auf den Umstand begründet, daß er bei Abtretung des Fürstenthums A. an die Krone Bayern, diesen eingeklagten Gehalt genossen habe, und daß allen im königl. bayer. Dienste übergetretenen Staatsdienern, durch den Abtretungs- und Übernahms-Vertrag des Fürstenthums A. der Fortgenuß ihres Gehaltes zugesichert worden sey. Allein nach dem Besitznahms-Patente war die Markgrafschaft A. der Krone Bayern in Folge der mit Frankreich getroffenen Übereinkunft eben so, wie solche bis dahin von der Krone P. besessen worden ist, überwiesen worden.

Die mit dieser Markgrafschaft an die Krone Bayern überwiesenen, vormals p.'sche Staatsdiener konnten daher nicht mehrere Rechte an die Krone Bayern in Anspruch nehmen, als ihnen vorhin an die Krone P. zustunden, und wenn schon in dem von der königl. p.'schen Übergabs-Commission erlassenen publicandum die Ausdrücke vorkommen:

Daß die geistlichen und weltlichen Beamten des Fürstenthums A. an die Krone Bayern als ihre neue Landesherrschaft mit ausdrücklicher Wahrung aller ihrer Prärogationen, Rechte, Ansprüche, Freiheiten, Nutznießungen, Gehalte, Pensionen, Emolumente ꝛc. überwiesen werden, so wurden doch diesen Staatsdienern dadurch keine neuen Rechte verliehen, sondern es sollte wie schon das Wort Wahrung klar ausspricht, hiedurch nur ihre bisherigen Rechte gewahrt oder gesichert werden.

Es genügt daher nicht blos zu beweisen, daß Kläger zur Zeit der Abtretung des Fürstenthums A. an die Krone Bayern den angesprochenen Gehalt genossen habe, was ihm vom Beklagten königl. Fiscus widersprochen wurde, sondern es liegt ihm ob, darzuthun, daß dieser Gehalt entweder selbst stabil oder mit einer stabilen Anstellung verbunden sey.

Da aber dieser Grund in der Klage nicht vorgebracht war, und nicht erst in dem Beweisverfahren ein in der Klage nicht angebrachter Grund geltend gemacht werden darf, so mußte die Klage, wie in der vorigen Instanz geschehen, angebrachter massen abgewiesen werden. Eine Folge hievon ist, daß der Kläger dem Beklagten die Proceßkosten, die er diesem durch eine nicht gehörig begründete Klage verursacht hat, zu ersetzen verbunden ist; das Erkenntniß voriger Instanz mußte daher lediglich bestättigt werden.

München, den 13. Aug. 1821.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

46.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Der Regent eines Staates hat die Verbindlichkeiten seines Vorfahrers (dem er in Folge politischer Conjuncturen succedirt) blos fortsetzend zu erfül-

Erkennen in Sachen des Landes-Directionsraths P. zu A., gegen den kön. Fiscus, Entschädigung betreffend, zu Recht:

und bestättigen das von dem königl. Appellationsgerichte für den *** Kreis am 21. April v. Js. erlassene und am 8. Mai verkündete Erkenntniß in der Art,

len, nicht aber rückständige Leistungen zu prästiren.

daß der Beklagte königl. Fiscus zur Zeit nicht verbunden sey, sich auf die von dem Kläger am 10. December 1825 angestellte Klage einzulassen.

Die Kosten werden auch in dieser Instanz verglichen.

Gründe.

Das Patent der Besitzergreifung des Fürstenthums A. vom 19. Juni 1814, welches vom 1. Juli an wirksam war, (Reggbl. 1814 S. 1260.) fodert die Unterthanen auf, von nun an seine Majestät den König von Bayern als rechtmäßigen Landesherrn anzusehen. Es wurde darin über die so genannten Arrerages, d. h. Activ- und Passiv-Ausstände nichts bestimmt.

Es bleibt also bei der Regel, daß das vorige Gouvernement für Activ- und Passiv-Posten bis zum Abtritte berechtigt und verbunden ist, und das neue Gouvernement vom Eintritte an Rechte und Verbindlichkeiten übernimmt. Hierüber wurde auch P. von dem frühern Gouvernement am 20. Juni resp. 30. August 1814 verständiget und ihm erklärt,

daß ihm von Zeit des aufgehobenen Frucht-Marktzwanges vom 11. März 1814 bis zum 1. Juli 1814 diejenige Entschädigung pro rata temporis werde verabreicht werden, welche das neue Gouvernement ihm pro Futuro zu bewilligen sich bewogen finden werde.

Damit war P. ganz beruhigt, indem er mit der Klage vom 2. Februar 1821 nur das Futurum liquid zu machen suchte, d. h. gegen Bayern die Entschädigung vom 1. Juli 1814 an einklagte, wo ihm 800 fl. auf das Jahr judicat resp. vergleichsmäßig bewilliget, und seitdem bezahlt wurden. Nachdem wegen der Periode vom 1. März bis 1. Juli 1814 dem P. im Jahre 1824 von der dießseitigen Behörde eröffnet war,

daß die ihm hinfür treffende Entschädigungssumme an Österreich nicht in Aufrechnung gebracht sey, und er vorerst die Erklärung des k. k. österreichischen Bevollmächtigten beizubringen habe; „daß die Aufrechnung quaest. auf Österreich

Passiv-Arrerages keinem Anstande unterliege," erhielt auch Landesdirectionsrath P. von diesem deßhalb ersuchten Bevollmächtigten die gleichsam den Beschluß vom 3. Augnst 1814 wiederholende Antwort, daß man die nöthige Autorisation aus Wien erholen werde, wenn P. das großherzoglich frankfurtische Anstellungs-Decret, die ergangenen richterlichen Urtheile, und die Regierungs-Entschließung vom 5. October 1824 in beglaubigter Abschrift vorlege.

Aus allen dem zeigt sich ganz gegen die vom Kläger behauptete Notorität, daß bei Abtretung des Fürstenthums A. von Seite Österreichs an Bayern der ab- resp. eintretende Regent, die Activ- und Passiv-Arreragen, bis zum Abtritte des Landesherrn beiziehungsweise vom Antreten an übernommen habe, daß folglich die Basis des Landes zu Gunsten jeden Gläubigers nicht allein entscheide, somit der damalige Klagegrund hinwegfalle, und ein mit Hypotheken-Recht nicht versehener Gläubiger pro rata der gleichwohl perpetuellen, aber darum noch nicht dinglichen Verbindlichkeit an den jedesmaligen Regenten oder Staathalter halten müsse.

Die Frage, in wie ferne der Regent eines Staates an die Handlungen seines Regierungsvorfahrers gebunden sey, kann nämlich, wo Regenten nur vermittelst politischer Verträge sich folgen, nicht weiter ausgedehnt werden, als daß der nachfolgende Regent die Verbindlichkeit seines Vorfahrers fortsetzend erfülle, nicht aber auch die unterlassenen Verbindlichkeiten des Vorfahrers trage, welche letzte dem Vorfahrer vielmehr zur Last bleiben.

Bei solchen Abtrettungen und Übernehmungen von Staaten, lassen sich wegen der Arreragen verschiedene Maaßregeln ergreifen, die entweder zur öffentlichen Kenntniß kommen, oder nicht.

Im ersten Falle benimmt sich der Gläubiger nach der unter den Nachfolgern bestimmten Norme, im Nichtbekanntmachungsfalle hingegen bleibt es bei der Natur der Sache; der Gläubiger wendet sich an den Staat, der ihm zunächst bis zur Zeit der Abtrettung noch verbunden ist, ganz analog mit dem Falle, wenn sich die Person eines Usufructuars

ändert und der antretende Usufructuar die Schulden nicht bezahlt, welche der Vorgänger aus der Zeit seines Genußes und Bezuges der Einkünfte her zu entrichten hat.

Wann also auch Bayern, wie der kön. Fiscus behauptet, vertragsmäßig eine Arreragen-Rechnung über die Activ- und Passiv-Rückstände, welche Österreich zu Gute kommen, und zur Last fallen, führt, so liegt darin noch wirklich keine Vollmacht dem Gläubiger der Krone Österreich aus dem frühern Verbande mit A. vor den inländischen Gerichten Recht zu stehen, und der königl. Fiscus ist zur Zeit nicht befugt, den Rückstand des P. ohne Genehmigung Österreichs in die Österreich-Arreragen-Rechnung aufzunehmen. Der kön. Fiscus konnte daher auch schon aus diesem Grunde zur Zeit die Einlassung verweigern.

Sollte sich künftig zeigen, das z. B. diese Foderung bereits der Krone Österreich verrechnet sey, oder verrechnet werde, so bleibt dem Kläger der Rücktritt gegen den königl. Fiscus unbenommen.

München, den 20. Jänner 1829.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco.

47.

Competenz der Bundestags-Versammlung.

Seine königliche Majestät.

Ueber Entschädigungs-Ansprüche, bei denen zweifelhaft ist, welcher Staat sie zu prästiren

Erkennen in Sachen des Johann Georg H. et Consorten gegen den kön. Fiscus wegen einer Foderung für Militärpflegungs-Naturalien zu Recht:

daß die k. b. Gerichtsstellen nicht competent seyen, über die vom k. b. Fiscus vorgebrachte Einrede des unrecht gewählten Beklagten zu entscheiden.

hat, hat der Bundestag zu entscheiden, resp. ein Austrägelgericht zu constituiren.

V. R. W.

§ 1.

Geschichte.

Die Unterthanen des vormaligen Kammer-Amtes B. haben im Jahre 1805 für die königl. preußischen Truppen Materialien zur Verpflegung geliefert, und es wurde die Obersteuerkasse durch Rescript vom 24. Septbr. 1806 angewiesen, dieselbe im Betrage zu 11,669 fl. 12 kr. zu vergüten.

Allein der Ausbruch der Feindseligkeiten zwischen Frankreich und Preußen, und die zugleich darauf erfolgte Besitznahme des Fürstenthums B. verhinderte die effective Bezahlung.

Nach dem Tilsiter-Frieden verlangten diese Unterthanen ihre Befriedigung von dem königl. preußischen Staatsministerium, wurden jedoch durch Reskript vom 17. Juni 1811 aus dem Grunde abgewiesen, weil ihre Foderung zu den Ansprüchen gehört, welche in Folge des Tilsiter-Friedensschlußes Art. 24. von dem neuen Landesherrn zu übernehmen sind.

Allein auch in Bayern wurden diese Unterthanen ab- und an die königl. preußische Regierung gewiesen, daher traten sie im Rechtswege gegen den kön. bayerischen Fiscus auf, und dieser setzte unter andern als dilatorisch die Einrede der Incompetenz des königl. Appellationsgerichts für den * * * Kreis und mit Verwahrung gegen die Streiteinlassung als peremtorisch die Einrede des unrecht gewählten Beklagten entgegen, indem nicht der kön. bayerische, sondern der kön. preußische Fiscus der rechte Beklagte sey, nicht dem kön. bayerischen Ärar, sondern dem kön. preußischen Staate der preußischen Gesammtmonarchie die Verpflichtung zur stipulirten Zahlung der von Appellanten gelieferten Naturalien obliege.

§ 2.

Es handelt sich daher dermal nicht sowohl um die, auf dem Mein und Dein beruhende Ausmittlung und Festsetzung der Entschädigungs-Foderung der reclamirenden Unterthanen des ehemaligen Kammeramtes B., sondern es ist im Materialen zuförderst die Frage zu entscheiden; ob die Krone Preußen, oder der kön. bayerische Fiscus der rechte Beklagte sey?

§ 3.

Bei der Entscheidung dieser Präliminarfrage wurde jedoch der königl. preußische Fiscus wesentlich mit betheiliget, und ohne die Adcitation desselben wäre eine genugsame Instruction der Sache nicht gedenkbar.

Nun können aber nach den ersten Grundsätzen des Völkerrechts die Gerichtsstellen des einen unabhängigen Staates unmöglich competent seyn, über die Rechte und Verbindlichkeiten des andern unabhängigen Staates zu entscheiden, selbst nicht dazu, den Fiscus eines andern unabhängigen Staates als solchen vor ihre Schranken zu laden.

§ 4.

Indessen können souveraine Staaten durch einen völkerrechtlichen Vertrag zum Beßten der Regierungen und der Unterthanen zu einer gemeinsamen Justizpflege sich vereinen.

Diese Vereinigung haben die Königreiche Bayern und Preußen nebst andern deutschen Staaten durch die deutsche Bundesacte vom 1. Juni 1815 geschlossen, in deren 11. Artickel bestimmt ist:

„Die Bundesglieder machen sich ebenfalls verbindlich, einander unter keinerlei Vorwand zu belangen, noch ihre Streitigkeiten mit Gewalt zu verfolgen, sondern sie bei der Bundes-Versammlung vorzubringen.“

Dieser liegt so dann ob, die Vermittlung durch einen Ausschuß zu versuchen, und falls dieser Versuch fehl schlagen sollte, und demnach eine richterliche Entscheidung nothwendig würde, sie durch eine wohlgeordnete Austrägal-Instanz zu

bewirken, deren Ausspruch sich die streitenden Theile zu unterwerfen haben.

§ 5.

Ein zweiter hier einschlagender, die deutsche Bundesacte ergänzender Staatsvertrag ist die Wiener-Schlußacte vom 15. März 1810, in deren 30. Artikel die Mitglieder des deutschen Bundes folgende Bestimmung festgesetzt haben:

„Wenn Foderungen von Privatpersonen deßhalb nicht befriediget werden können, weil die Verpflichtung, derselben Genüge zu leisten, zwischen mehreren Bundes-Gliedern zweifelhaft oder bestritten ist, so hat die Bundes-Versammlung auf Aufrufen der Betheiligten zuvörderst eine Ausgleichung auf gütlichem Wege zu versuchen, im Falle aber, daß dieser Versuch ohne Erfolg bliebe, und die in Anspruch genommenen Bundes-Glieder sich nicht in einer zu bestimmenden Frist über ein Compromiß vereinigen, die rechtliche Entscheidung der streitigen Vorfrage durch eine Austrägal-Instanz zu veranlassen.“

§ 6.

Dieser Artikel der Wiener-Schlußacte enthält nun gänzlich den nach der Lage des gegenwärtigen Processes herbeigeführten Fall.

Die Foderung der Kläger (Privatpersonen) kann deßhalb nicht befriediget werden, weil die Verpflichtung, derselben Genüge zu leisten, zwischen Bundes-Gliedern (Bayern und Preußen) zweifelhaft oder bestritten ist.

Es muß daher den Klägern lediglich überlassen bleiben, sich deßhalb nach Anleitung des oben erwähnten Artikels an die deutsche Bundes-Versammlung zu wenden.

§ 7.

Zwar könnte man einwenden, in den bei dem königl. Appellationsgerichte für den *** Kreis gepflogenen erstrichterlichen Verhandlungen habe der kön. bayerische Fiscus seine dilatorische Einrede blos gegen die Competenz dieses Gerichtshofes vorgebracht, und behauptet, es sey vielmehr das kön. Appel-

lationsgericht für den *** Kreis das competente Forum und eben darum sey von dem kön. bayerischen Fiscus die Zuständigkeit der kön. bayerischen Gerichtsstellen überhaupt nicht bestritten, sondern zugegeben worden.

Allein der Richter muß seine Competenz von Amts wegen prüfen; ein bei dem Mangel der Gerichtsbarkeit ergangenes Erkenntniß ist mit unheilbarer Nichtigkeit behaftet, es erwächst niemals in Rechtskraft cod. jud. cap. 16. § 2. und es findet sogar eine Prorogation mit Wissen und Willen des ordentlichen Richters dann nicht statt, wenn der Richter, bei welchem beide Theile sich selbst gutwillig eingelassen haben, in dergleichen Fällen keine Jurisdiction hat. Cod. jud. cap. 1. § 17.

Mit Recht hat daher das Appellationsgericht diese Klage abgewiesen.

2c. 2c. 2c.

48.

(Pfarr-Besoldungen betr.)

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Rechtssache des Pfarramts S. resp. des Pfarrers C. K. N. daselbst wider den königl. Fiscus wegen eines auf den Laurenzer Wald haftenden, jetzt reducirten Holzbezuges zu Recht:

daß der kön. Fiscus wegen Verabsäumung der Berufungsnothfrist von kurzer Hand in den vorigen Stand einzusetzen, sodann in der Hauptsache, derselbe von der erhabenen Klage, so weit sie die

1) Die Pfarrer können blos von den moralischen Personen, welchen sie ihre Dienste leisten, also von den Parochianen, ihre Gehalts-Bezüge fodern.

2) Sie sind blos Gesellschaftsbeamte; der Landesherr constitu-

Holzansprüche der Amts-Vorfahrer des Pfarres N. betrifft, definitiv, so weit sie aber den letzten selbst angeht, angebrachter Massen zu entbinden sey.

Die Kosten beider Instanzen werden unter den Partieen compensirt.

irt ihnen das Salarium nicht in suo, er ist also im allgemeinen nicht zur Besoldung derselben verbunden, sond. nur dann, wenn die Besoldung auf Staatsrealitäten oder Staats-Cassen angewiesen ist.

Entscheidungs-Gründe.

Der klagende Theil will den Holzbezug der Pfarrei S. unter die Kathegorie eigentlicher Besoldungshölzer, wie bei andern öffentlichen Beamten, welche eines Holzgenußes sich zu erfreuen haben, gesetzt wissen.

Allein die Besoldung eines öffentlichen Beamten im Allgemeinen läßt sich rechtlich nicht ohne einen Dienstvertrag und ohne eine Person denken, welcher der Besoldete oder Bedienstete seine aus dem Dienst-Vertrage entspringende Dienste leistet. Hiernach könnte dann im vorliegenden Falle außer dem Pfarrer zu S. der andere Contrahent, welchem derselbe seine Dienste leistet, Niemand anderer seyn, als die Parochianen des Kirchsprengels S., welche aber von dem klagenden Theile wegen des Holzentganges gar nicht in Anspruch genommen sind.

3) Jeder Berechtigte muß sich bei Minderung des Holzbestandes eine Reduction gefallen lassen.

Die in dem Staat aufgenommenen Gesellschaften, welche die Rechte öffentlicher Corporationen genießen,

(II. Beilage zur Verfassungs-Urkunde § 28.)

erfreuen sich zwar allerdings des Vortheils, daß den — zur Feier ihres Gottesdienstes und zum Religionsunterrichte bestellten Personen die Rechte und Achtung öffentlicher Beamten zu Theil werden;

(Beilage II. zur Verfassungs-Urkunde)

allein hieraus folgt noch nicht, daß sie deßfalls aus dem Verhältnisse der Diener der Kirchengesellschaft heraustreten und Bedienstete des Staates selbst werden.

Insbesondere betrachten die Protestanten die Pfarrer als Gesellschafts-Beamten ihrer Gemeinden.

(Michls Handbuch des Kirchen-Rechts III. § 382. S. 173 et 174.)

Wenn also die Pfarrer zu S. eine bestimmte Besoldung aus ihrem Dienstvertrage fodern wollen, so können sie blos aus diesem Grunde auf den in der Klage benannten Holz-Entgang den Staat nicht in Anspruch nehmen.

Zwar wurde in der Klage angeführt, daß die eingeklagte Holzabgabe fassionsmässig und dem Pfarrer in partem Salarii angewiesen, oder, wie auch gesagt wird, daß in der approbirten Pfarrbesoldungs-Fassion von S. der Holzbezug ausdrücklich als Besoldungstheil aufgeführt sey; auch kann vorausgesetzt werden, daß dem Pfarrer N. von dem Staatsoberhaupte die Pfarrei zu S. verliehen wurde.

Allein daraus, daß dem Staatsoberhaupte das Ernennungsrecht der Pfarrer bei einzelnen Kirchengemeinen zusteht, fließt an sich noch nicht, daß es deßhalb auch die Gesellschaftspflichten derselben zu erfüllen habe. Ganz richtig bemerkt deßfalls Leyser Spec. 668. med. 6., daß der Landesherr, welcher die Salarien der Geistlichen festsetze, sie nicht de suo constituire. Zudem hat der Pfarrer N. seine Klage gar nicht auf sein Anstellungs-Decret gestützt, noch weniger aber behauptet, daß die streitige Holzabgabe namentlich und insbesondere nach ihrer Quantität und Qualität darin aufgeführt sey, und daß der Staat solche gewährt habe. Mithin entspringt aus jenem Klagvorbringen für den Kläger kein Klagrecht gegen den kön. Fiscus, vielmehr kann der letztere wegen des fraglichen Holzentganges nur so weit belangt werden, als der Anspruch auf eine bestimmte Holzabgabe zu dem Vermögen der Pfarrei S. gehört, und diese Holzabgabe auf eine Staatswaldung angewiesen ist.

In dieser letzten Hinsicht war aber nach der Angabe des klagenden Theils, ursprünglich den Caplanen zu S. das Recht verliehen, Brenn- und Zimmerholz zu ihrer Nothdurft (im Laurenzerwald) zu nehmen und zu haben, und später wurde für die Pfarrei S. die Quantität des Holzes auf eine bestimmte Klafterzahl festgesetzt.

Hieraus ergibt sich aber nach rechtlichen Begriffen nur so viel, daß dieses Recht in einem jure lignandi besteht, was auch der klagende Theil in seiner Replik dadurch zugegeben hat, daß er die der Waldung anklebende Last selbst servitus lignandi nennt.

Kommt demnach dieser Pfarrei nun ein Beholzungsrecht in der fraglichen Staatswaldung zu, so kann sie auch auf dessen Ausübung nur innerhalb derjenigen Gränzen Anspruch machen, welche nach den gesetzlichen Bestimmungen in solchen gelegen sind, und muß sich daher auch die durch den jedesmaligen Bestand der Waldung rechtlich begründeten Reductionen gefallen lassen.

Haymann landwirthschaftliche R. § 153. S. 269 seqq.

Die Klage des Pfarramts stützt sich jedoch keineswegs darauf, daß die erfolgte Reduction seines Holzbezuges den bestehenden Grundsätzen entgegen vorgenommen wurde, der Wald sonach zureichend oder dessen Unzulänglichkeit durch die Schuld des Staats herbeigeführt sey, oder der letztere auf eine Höhe des Mitgenußes des Waldes Anspruch mache, welcher ihm nicht gebühre; und in der Replik darf bekannten Rechtens kein neuer Klaggrund nachgeholt werden, so daß also das — in dieser Beziehung in der Replik des klagenden Theils Vorgebrachte nicht zu beachten ist;

Zudem hat der klagende Theil auch eine Berufung gegen das erstrichterliche Erkenntniß nicht eventuel mit darüber eingelegt daß der Punct der Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des Waldes für die Eingeforsteten und den Fiscus nicht mit zum Beweise ausgesetzt wurde.

Demnach kann auch auf die Frage, ob der Fall der Holzreduction rechtlich gegeben war oder nicht, nicht eingegangen werden, wiewohl dem Pfarramte unbenommen bleibt, auf Aufhebung der Reduction zu klagen, falls es eine hierauf gerichtete Klage rechtlich begründen zu können sich zutrauen sollte. Auch kann ferner nach Lage der Acten hier die Frage nicht mit erörtert werden, ob der königl. Fiscus nicht vielleicht als etwaiger Fundator der klagenden Gemeinde rücksichtlich einer Verkürzung des Fundations-Vermögens,

sonach auch wegen des dazu gehörigen Holzungsrechtes rechtliche Eruction zu leisten habe, indem der Pfarrer N. auf eine dergleichen Gewährleistung nicht geklagt, sondern das hinsichtlich der Stiftungsverhältnisse Vorgebrachte nur zur Unterstützung der Behauptung angeführt hat, daß ein eigentlicher Besoldungsausspruch in Frage sey.

Diesem allen gemäß kommt es daher in diesem Processe keineswegs auf die Beweisauflage an, welche von dem vorigen Richter dem klagenden Theile über die Größe und Beschaffenheit des der Pfarrei an sich gebührenden Holzbezuges, so wie darüber, daß solches Holz die Eigenschaft eines Stiftungsbesoldungsholzes habe, gemacht wurde, vielmehr war der königl. Fiscus von der angestellten Klage, so weit sie auf die Person des Pfarrers N. und dessen Dienstzeit sich bezieht, massen sie angebracht ist, ohne weiters zu entbinden. Der klagende Theil hat jedoch auch die Nachlieferung des dem Amtsvorfahrer des N. durch die Reductionen vom Jahre 1798, 1807 et 1809 entgangenen Holzes gefodert, und hinsichtlich dieses klägerischen Anspruches mußte der Beklagte von der angestellten Klage gänzlich entbunden werden, daß N. eines Theils nicht behauptet, daß ihm sein Vorfahrer im Pfarramte und in der Nutznießung der Pfarreinkünfte seine desfallsigen Rechte cedirt habe, und er andern Theils in der Klage selbst einräumte, daß sich derselbe, anstatt der Reduction lebhaft zu widersetzen, solcher unterworfen habe.

Da übrigens der klagende Theil nicht als temere litigans erscheint, so waren die Kosten erster und zweiter Instanz unter den Parteien zu compensiren.

München, den 6. Februar 1830.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Ritter.

49.

Erkenntniß

des obersten Gerichtshofes

in Sachen W. contra V. de dato 1. August 1827 über die Frage:

Ob in kaufmännischen Geschäften mehr als fünf Procent angesetzt werden dürfen.

Die Frage wurde bejahend entschieden aus folgenden

Gründen:

1. Bekanntlich ist es unter allen Kaufleuten und für alle Wechselplätze Rechtens, daß Wechselzinsen sowohl, als jene auf laufende Rechnung mit 1/2 pro cento per Monat oder 6 pro cento per anno vergütet werden.

Dieser Zinsfuß ist selbst durch die bayerische Wechselordnung von 1758 mit 1/8 pro cento für die Woche und hienächst noch der Ansatz der in Mercantilgeschäften herkommlichen Provision gestattet.

2. Der Statthaftigkeit des vertragsmäßigen Zinsfußes von 6 Procent, und der richterlichen Erkennung auf denselben insbesondere bei kaufmännischen Geschäften stehen auch bestimmte Prohibitivgesetze nicht entgegen.

a) Nach den römischen Gesetzen war ohnehin dieser Zinsfuß als allgemeine Regel aufgestellt, und selbst ausnahmsweise, nach Verhältniß der Person, der höhere Zinsfuß von 8 bis 12 Procent verstattet.

Glück=Pandecten Coment. B. 21. § 1133.

Thibaut=Pandecten=System Th. I. § 280 — 282.

b) Die hienach eingetretenen deutschen Reichsgesetze als namentlich die Reichspolizei=Ordnung von 1530 Art. 26. § 8. 1548 Art. 17. § 8. 1577 Art. 17. § 9. neue Sammlung der Reichsabschiede Th. III. S. 387. Th. III. S. 494. haben bei der Beschränkung des Zinsfußes auf 5 Procent demselben ausdrücklich nur die herkömmlichen Wiederkaufs=

Gülten und hiemit das damals so bekannte Geschäft des verzinslichen Darlehens unterstellt.

c) Auch selbst in dem Deputations-Abschiede von 1600 § 139. wird die Bestimmung des Zinsfußes mit 5 von 100 lediglich auf die Verzugszinsen beschränkt, und überdieß dem Creditori die Liquidirung eines höhern Interesse reservirt.

d) Eben so wie die sub lit. b. angeführten früheren Gesetze spricht auch der jüngste Reichsabschied von 1654 § 174. Samml. der K. Absch. Th. III. S. 673. nur von den aus wiederkäuflichen Gülten der vorgestreckten Anlehen herrührenden Zinsen.

3. Wenn sich hienach schon unter den ältern und neuern Rechtslehrern eine verschiedene Meinung über die Anwendung dieser Zinsgesetze von vergangenen Jahrhunderten auf die gegenwärtig geänderten Verhältnisse, insbesondere aber über deren Ausdehnung auf andere als reine Darlehens-Geschäfte gebildet hatte, und deßhalb auch mit verschiedenen Ansichten und Präjudicien der Reichsgerichte gestritten wurde,

Glück a. a. O. S. 102. Thibaut. a. a. O. § 282. Hellfeld jurisprud. for. § 1232. Höpfners Comment. § 967. Lauterbach Colleg. theor. pract. lib. 22. tit. 2. § 24. Leyser spec. 254.

so ist es ohnehin von diesen und andern Schriftstellern nicht widersprochen, daß bei kaufmännischen und andern ihrer Natur nach von Darlehen verschiedenen Geschäften auch höhere Procente durch Verträge auf eine gültige Weise bestimmt werden können.

4. Insbesondere wird auch von den Lehrern des deutschen Privatrechts

Danz deutsches Privatrecht § 205. Mittermayr deutsches Privatrecht § 508.

deutlich nachgewiesen, daß bei den kaufmännischen Geschäften nach deren Natur und eigenthümlichen Verhältnissen des Comerzes ein höherer Zinsfuß als jener von 5 Procent nicht versagt werden kann. Auch ist selbst von Kreitmayr in anno tot. ad cod. civ. part. II. cap. 3. § 21, 11, 4. anerkannt, daß der Nachweis eines höhern Interesse sub noe

damni emergentis vel lucri ceſſantis eine Ausnahme von dem allgemeinen geſetzlichen Zinsfuß zu 5% begründe.

5. Schon die Entbehrung der höheren Zinſen in dem commerciellen Verkehr der Verluſt des Interuſuriums — bei öfteren Umſchlag der Capitalien noch mehr aber der Verluſt der reichenden Zinſen bei der nothwendigen Bereitſchaft baarer Deckungsmittel erhöhet die Billigkeit größerer Zinſen, als jene, welche der Capitaliſt bei dem richtigen Wechſel ſeiner Capitalanlage ohne weitern Verluſt, durch eine beſtimmte Zinſen-Perception genießt.

50.

Juden-Güterhandel.

(Vergl. Bd. I. Nro. 20 — 23. S. 246 — 250.)

Seine königliche Majeſtät.

Das Verbot: daß Juden bei Gutskäufen keine Unterhändler machen ſollen, erſtreckt ſich nicht auf die Provinz Baireuth.

Erkennen in Sachen des R. S. von K. gegen J. G. D. in N., die Verlautbarung eines Vertrags betreffend zu Recht:

und beſtättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den Rezatkreis ddo. 8. Mai 1824 unter Compenſirung der Koſten aller Inſtanzen.

Gründe.

Es iſt in dem vorliegenden Falle die Frage zu entſcheiden, ob die Verordnung vom 4. Auguſt 1807 den Güterkauf der Juden betr. in der ehemaligen Markgrafſchaft Baireuth Geſetzeskraft erlangt habe? Dieſe Frage muß verneint werden; denn

1. die erwähnte Verordnung wurde zwar in dem Regierungsblatte vom 22. Aug. 1807 als allgemeine Verordnung bekannt gemacht, und dadurch eine frühere vom 30. Mai 1799 nicht nur erneuert, ſondern auch auf alle übrige Theile

des Königreichs ausgedehnt. Allein da die ehemalige Markgrafschaft Baireuth am 4. et 22. Aug. 1807 noch keinen Bestandtheil des Königreiches Bayern ausmachte, sondern nach Inhalt des Regierungsblattes vom Jahre 1810 S. 539 erst viel später, nämlich am 7. April 1810, mit demselben vereiniget wurde, so verstehet es sich von selbst, daß unter den übrigen Theilen des Königreiches, von welchen in der Verordnung vom 4. Aug. 1807 die Rede ist, die ehedem zu dieser Markgrafschaft gehörigen Parcellen nicht verstanden seyn konnten.

Jedes Gesetz kann aber nur für diejenigen Unterthanen verbindliche Kraft haben, welche zu der Zeit, da es verlassen wurde, der gesetzgebenden Gewalt unterworfen waren, oder auf welche durch eine besondere Willenserklärung des Regenten die verbindende Kraft des Gesetzes nach ihrer Subjection gleichfalls erstreckt wurde.

2) Eine solche besondere Willenserklärung, wodurch die Gesetzkraft der Verordnung vom 4. Aug. 1807 auch auf die ehedem zu dem Fürstenthume Baireuth gehörigen Gebietstheile ausgedehnt worden wäre, ist aber nicht erfolgt, denn

a) wenn das Edict über die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen vom 10. Juni 1813 § 30. (Reggsbl. S. 931.) verordnet, daß auf die Juden alle Gesetze des Königreichs in so weit nicht rücksichtlich dieser Classe der Unterthanen Ausnahmen gemacht seyen, ihre Anwendung fänden, so hat das keineswegs den Sinn, daß die Juden alle in den verschiedensten Theilen des Königreichs geltende Verordnungen, wenn solche auch an ihren Wohnorten für andere Unterthanen nicht verbindlich sind, zu befolgen hätten, oder daß gar Güterhändel christlicher Unterthanen, in deren Wohnort die Verordnung vom 4. Aug. 1807 nicht eingeführt ist, wegen Einmischung jüdischer Unterhändler ungültig seyn sollte;

b) daß das erwähnte Edict vom Jahre 1813 diese Verordnung, da wo sie Gesetzkraft hat, nicht aufhebe, dieß und mehr nicht, ist in dem allerhöchsten Rescripte vom 24. Jänner 1819 ausgesprochen.

Die kön. Regierung zu Ansbach hat zwar in dem publicando von 28. Mai 1821 dieses allerhöchste Rescript in den zu dem Rezatkreise gehörigen Parcellen des vormaligen Fürstenthums Baireuth bekannt gemacht.

Allein diese Bekanntmachung geschah ohne landesherrliche Authorisation: es wurde daher auch in dem allerhöchsten Rescripte vom 23. Sept. 1821 et 26. Juli 1824 ausgesprochen, daß dieser Bekanntmachung keine Folge zu geben sey, und die Verordnung vom Jahre 1807 resp. 1799 rücksichtlich der in den Obermain- und Rezatkreise befindlichen Bestandtheile des vormaligen Fürstenthums Baireuth keine Anwendung finde.

Aus diesen Gründen mußte daher auch in dem vorliegenden Falle wie geschehen erkannt werden.

München, am 10. Juni 1825.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco.

Fränkl, Secr.

51.

Lotterie.

(Vergl. Bd. I. Nro. 10. S. 99 — 102.)

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Sache des Schulrectors P. S. zu E. gegen den Lottoeinnehmer J. K. daselbst Entschädigung wegen eines vereitelten Lottorie-Gewinnstes betreffend zu Recht:

und belassen es bei dem Erkenntnisse des königl. Landgerichts E. vom 30. September 1820.

Die Kosten sämmtlicher Instanzen werden compensirt.

Wenn der Collecteur die Spiellisten nicht einsendet, so haftet er den Spielern für den allenfallsigen Gewinn. Einsätze a. Borg sind zwar spielwidrig; nimmt aber gleichwohl der Collecteur auf Borg Einsatz

an, so tritt er dadurch in das Verhältniß eines Gläubigers zu sein. Schuldner, und haftet ebenfalls für den Gewinn.

Hierüber zu urtheilen kommt nicht den Lotto-Administrat. behörden, sondern den Civilgerichten zu.

Gründe.

Die Klage des S. gegen L. ist rechtlich an sich begründet; denn

1. Kläger hat rechtzeitig sechzig Gulden auf die Nummer 30 auf unbestimmten Auszug und zwei Kreuzer auf die Nummern 20. 30. 26. auf Ambo unbestimmt und auf Terno für die 757. Regensburger-Ziehung bei der Collecte des L. gesetzt, resp. benannt.

2. L. hat den doppelten Satz dieses Spiel-Offertes dadurch rechtsförmlich angenommen, daß er dem Kläger den Einlagschein auf diese beiden Sätze ausfertigte.

3. Dadurch hat L. als öffentlich bestellter Lotto-Collecteur die Verbindlichkeit übernommen, nicht nur

a) die Spiele, über welche er den Interims-Schein ausgefertiget hatte, der königl. Lotto-Administration zur Annahme vorzulegen, sondern auch

b) Alles zu thun, was seinerseits zu thun nothwendig war, auf daß das Spieloffert von der Behörde angenommen wurde.

4. L. hat nun zwar

ad a) des Klägers Spiel für die 757. Regensburgerziehung in seine Originallisten eingetragen, diese Liste auch zur rechter Zeit an die Administration eingesendet, er hat aber

5. ad b) sonst nichts geleistet, was zu leisten in seiner Pflicht lag.

6. Es war ihm nämlich durch seine vorgesetzte Behörde mittelst Executionsboten am 19. Dec. 1819 am Tage vor der 757. Regensburgerziehung der Auftrag zugegangen, seinen ältern Rückstand zu 750 fl. um so gewisser zu berichtigen, als sonst seine Spiellisten zur benannten Regensburgerziehung nicht angenommen, sondern ihm uneröffnet zurückgeschickt werden würden.

7. Diesem Auftrage mußte Beklagter entweder Folge leisten, oder wenn er es nicht konnte, oder dazu sich nicht für

verbunden erachtete, die Spieler von diesem Ereignisse in Kenntniß setzen, und ihnen entweder die bereits gemachten Sätze wieder aufkünden, oder die Spielofferte nicht annehmen, oder doch die Spiellustigen auf die ihnen drohende Gefahr, daß die Administration den von ihm, K. eingesendet werdenden Spiellisten die Genehmigung versagen würde, aufmerksam machen.

8. Beklagter hat das zu thun unterlassen, das Präjudiz der Nichtannahme seiner Spiellisten wurde von der Behörde in Wirklichkeit gesetzt, und da

9) bei der 757. Regensburgerziehung am 20 Dec. 1819 der Numer 30 und der Numer 20 wirklich aus dem Glücks-Rade gezogen worden sind, — da Kläger hienach einen Gewinnst von 904 fl. 30 kr. gemacht haben würde — da dieser Gewinnst ihm lediglich durch Beklagtens Verschulden vereitelt worden ist, da Beklagter selbst nicht behauptet, daß etwa die Einsätze auf die Nro. 30 für jene Ziehung bei der Revision der Generallotto-Administration eine Minderung erlitten haben würden, — da somit die 904 fl. 30 kr. dem Kläger ganz unfehlbar zu Theil geworden seyn würden, wenn nur den Spiellisten des K. nicht die Genehmigung der Behörde verweigert worden wäre, — welche Verweigerung blos durch Beklagtens Verschulden herbeigeführt wurde, — so hat Beklagter dem Kläger L. 13. cod. mandat — für diesen durch seine des Beklagten Schuld ihm entgangenen Gewinn zu haften;

10. Die Klage ist folglich an sich als rechtlich begründet zu erklären.

II. Die Klage ist auch durch die entgegengesetzten Einreden nicht elidirt worden.

1. Die Einrede, daß er K. — der rechte Beklagte nicht sey, daß vielmehr äußersten Falls immer die Administration wegen ungebührlich verweigerter Annahme der K. Spiellisten dem Kläger tenent wäre, ist in Beziehung auf den Kläger ungegründet, da es jedenfalls dem Beklagten oblag, dem S., der sogar an einem und demselben Orte mit ihm wohnt, von der drohenden Gefahr in Kenntniß zu setzen, um bei einer

andern Collecte sein Glück zu versuchen, oder auf eigene Gefahr auf dem bei L. gemachten Satze zu beharren.

Hat Beklagter irrig gemeint, der vorgesetzten Behörde sey es mit der gemachten Drohung nicht Ernst, so hat er die unglücklichen Folgen dieses Irrthums zu büßen.

Dem Kläger kann diese irrige Meinung eben so wenig präjudiciren, als die etwaige Überzeugung des Beklagten, daß die Administration die gemachte Drohung zu realisiren gar nicht berechtigt sey, — was nur etwa bei Würdigung des Verhältnisses des Einnehmers zur Administration nicht aber bei Beurtheilung des Verhältnisses des Spielers zum Einnehmer Rücksicht verdienen kann.

2. Die Einrede, daß Kläger selbst auf Borg gespielt, daß er folglich

a) durch eigene Schuld dem Beklagten die Strafe der Nichtannahme der Spiellisten zugezogen und jedenfalls

b) nach den Lottostatuten jedes Gewinnstes sich verlustig gemacht habe, steht dem Kläger in concreto nicht entgegen.

ad a) Durch die Ausfertigung und Herausgabe des Einlagscheines und durch die Eintragung der gesetzten Numern in die Originalliste hat L. sprechend beurkundet, daß er den ihm von S. offerirten Auftrag übernommen, und daß er folglich in so fern S. den Satz nicht oder nicht vollständig bezahlt hat, rücksichtlich des nicht bezahlten Quantums demselben Credit gebe.

Der hinausgegebene und in der Originalliste eingetragene Einlagschein ist die vollgültigste Beweis-Urkunde gegen den Einnehmer, daß er falls der Spieler nicht, oder nicht vollständig bezahlt hat, Gläubiger desselben seyn wolle. So wie der Einnehmer dadurch das Recht erlangt, gegen den Spieler condictione certi ex mutuo aufzutreten, so muß consequent angenommen werden, daß auch der Spieler alle Vortheile und Ansprüche aus jenem Borge gerade so erlange, als wenn er baar bezahlt hätte.

Zwei gesonderte Geschäfte sind eingegangen, einmal lieh L. dem S. 60 fl. 2 kr. oder wenn Letzterer, wie er angibt 42 fl. für die 757. Regensburgerziehung baar bezahlte, 18 fl.

2 kr. S. setzte so dann diese Summe in die Lotterie und K. übernahm auf des S. Antrag die Besorgung des Spielgeschäfts.

Frei stand es dem K., des Klägers Satz in so weit nicht baare Bezahlung geschah, ohne weiters zurückzuweisen, hat er es nicht gethan, hat er ungeachtet der nicht oder nicht ganz geleisteten Zahlung die Besorgung des Spielgeschäftes übernommen, so haftet er auch unabhängig von dem Darlehensgeschäfte, für den durch Nichterfüllung seiner Pflicht dem Kläger zugefügten Schaden, oder entgangenen Gewinn.

ad b) Dieses Verhältniß wird auch durch die Lotto-Statuten auf keine Weise alterirt.

Dieselben enthalten nirgends das Befugniß, Contracte einzugehen, die für den Lotto-Einnehmer nicht bestehen. Kann dieser in seiner Eigenschaft als Einnehmer resp. kann er zum Nachtheile des Staatsärars nicht creditiren, so ist durch die widernatürliche Beschränkung nirgends ausgesprochen, daß er nicht als Private, Verträge aller Art abzuschließen berechtigt seyn soll. Die Lottoadministration nimmt, in so ferne nur der Einnehmer seine Pflicht erfüllt, von Borgschulden keine Kenntniß, der Einnehmer haftet für das Ganze.

Dieses spricht der durch den Druck öffentlich bekannt gemachte Unterricht für die Lotto-Einnehmer in Nro. 57. deutlich und bestimmt aus, und in diesem Sinne ist auch das zu verstehen, was in dem jährlich erscheinenden Lottokalender vorkommt, daß namentlich die Gewinne von dem Borgspieler für den Actionär keinen Erfolg haben, da die Einsätze auf Borg untersagt sind.

Die Administration tritt mit den Spielern in gar keine Communication, sie erfährt nicht, ob baar von dem Spieler bezahlt, oder auf Borg gespielt, und von wem baar bezahlt, von wem auf Borg gespielt worden, sie hält sich lediglich an den Einnehmer, welchen sie im Falle des Saumsals requiriren läßt, oder vom Amte suspendirt oder entsetzt.

S. 41 des erwähnten Unterrichts. Hätte der Einnehmer auf Borg den Interimsschein ausgefertigt, die Numer und

den nicht bezahlten Satz mit der Bemerkung der nicht geschehenen Zahlung in die Spielliste eingetragen, und auf diese Weise an die Administration eingeschickt, so würde diese die auf Borg gemachten Spiele nicht genehmigen, den Acceptions-Schein nicht ausfertigen, und fiele ein Gewinn an, so würde Spieler darauf gegen die Administration keinen Anspruch haben. Denn Borgspiele sind untersagt vnd die Gewinne aus denselben haben für den Actionär keinen Erfolg.

Hätte K. den Einlagschein zwar ausgefertigt, hätte er aber bei der Eintragung in die Originalliste bemerkt, der Satz sey nicht oder nicht vollständig berichtiget worden, und hätte er den S. davon in Kenntniß gesetzt, so würde K. rücksichtlich des auf die nicht bezahlte Summe treffenden Gewinnes von der Klage zu entbinden seyn, da Kläger nunmehr selbst die Gefahr des Borgspieles zu übernehmen hätte.

Das ist aber der Fall hier nicht, und nicht darum wurde Klägers Gewinn bei der 757. Regensburgerziehung vereitelt, weil er mit dem Satze, oder einem Theile desselben im Rückstande blieb, sondern einzig darum, weil K. durch seinen bedeutenden Rückstand die Realisirung der ihm von seiner Behörde gemachten Drohung verwirkt hat, wovon die Folge war, daß Kläger aus seinen, von Beklagten unbedingt angenommenen Satze diejenigen Vortheile nicht zog, welche er zuversichtlich und unfehlbar zu hoffen berechtigt war.

3. Die öffentlich bekannt gemachte, und auf dem Erlagschein vorkommende Bemerkung, daß die Urkunde nur vollen Werth erhalte, in so ferne sie mit der von der Generaladministration geprüften und anerkannten Originalliste übereinstimme:

a) paßt auf den vorliegenden Fall nicht, da sie nur von dem Falle spricht, wenn ein anderer Numer in dem Interims-Schein, eine andere in die Originalliste eingetragen ist, wo so dann nur die Originalliste entscheidet;

b) die analoge Anwendung dieser Bemerkung spricht aber sogar gegen den Beklagten, da in dem

ad a) verzeichneten Falle zwar die Administration dem Spieler nicht haftet, dieser aber, in so fern er nur seinerseits

nichts versäumt hat, wegen entgangenen Gewinnst allerdings an den Collecteur sich zu halten befugt ist.

4. Diesemnach präjudicirt es denn auch dem Kläger nicht, daß in der Entschließung der königl. General-Lotto-Administration vom 29. Jänner 1820 vorkömmt, es konnten die Spieler, welche auf die 757. Regensburgerziehung Creditseinsätze gemacht haben, keinen Gewinn in Anspruch nehmen.

Denn a) nur von Gewinn aus der Lottokasse ist da die Rede.

b) spräche die Generallotto-Administration von der Nichtverbindlichkeit des Einnehmers gegen den Spieler, so hätte sie abgesehen von dem unter dieser Voraussetzung sich ergebenden Widerspruche des Resoluts mit den frühern vom 27. Dec. 1819 die Gränzen ihrer Competenz überschritten, da Streitigkeiten über das Rechtsverhältniß zwischen Spieler und Einnehmer zu dem Ressort der Gerichte sich eignen.

III. Die rechtliche Folge von dem allen ist, daß Beklagter dem Kläger den vereitelten Gewinn zu 904 fl. 30 kr. mit Abzug jedoch dessen, was Ersterer rechtlich vom Letztern noch zu fodern hat, ersetzen muß.

Von Zinsenzahlung ist Beklagter in dem erstrichterlichen Erkenntnisse entbunden worden, und Kläger hat sich das gefallen lassen.

Die Kosten sämmtlicher Instanzen sind zu compensiren, da jeder Theil ein Urtheil für sich hatte, und es auch außerdem dem Beklagten an redlicher Ursache zum Streite nicht mangelte.

München, den 14. August 1831.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. *la Rosée*, Präsident.

Secr. Fränkl.

52.

Zoll-Defraudation.

(Vergl. Bd. III. Nro. 27 — 31. S. 110 — 120.)

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Untersuchungssache gegen F. W. von K., Zollcontravention beschuldiget, zu Recht:

daß derselbe in die Strafe des fünffachen Betrages von 2560 fl. und in sämmtliche Kosten zu verurtheilen sey.

Entscheidungs-Gründe.

Es ist durch zollamtliche Urkunden auf das Vollkommenste bewiesen, daß W. am 3. Mai 1831 an den Zollamte K., einen am 2. Mai 1831 zu Frankfurt ausgestellten Frachtbrief über 9 Colli-Wollen und Baumwollwaaren vorlegte, und diese 9 Colli als Transit-Gut nach K. erklärte, und diese seine Erklärung eigenhändig unterschrieb. Eben so ist es bewiesen, daß bei der Austrittsstation G., wo der Beschuldigte seine erhaltenen Zollpäße, worin die 9 Colli aufgenommen waren, ablegte, diese Waare sich nicht vorfand.

Es ist demnach erwiesen, daß derselbe seine Zollpäße über durchgehende Gegenstände ohne Beibringung der Waare abgelegt hat, und somit auch die Zollcontravention, wie sie durch den § 96. Nro. 7. vorgesehen ist, vollständig gegeben.

Ob hiebei eine Zollverkürzung beabsichtet oder vollzogen worden, ob eine Nachläßigkeit des Frachtführers vorlieget, dieses kann an der Sache nichts ändern, da hier lediglich die Verletzung der zur Sicherheit der Mauthgefälle angeordneten Vorsichtsmaßregeln, der gleichzeitigen Ablage der Zollpäße mit den Waaren bestraft wird.

Dieses gehet auf das Klareste daraus hervor, daß auch die blos Vorschriftswidrige obgleich sonst richtige Ablage der Zollpäße und Waaren z. B. wenn solche zu spät

geschah, (§ 33.) wobei also eine Zollgefährde nicht denkbar ist, doch mit derselben Strafe des fünffachen Kosten-Zollansatzes beleget wird.

Der Umstand, daß die von den Beschädigten declarirten Waaren bei dem Eintritt zu K. nicht abgewogen wurden, wie es der § 40. der Zollordnung vorschreibt, kann die von W. gemachte Erklärung nicht wirkungslos machen, da dieses Abwägen als eine Sicherheitsmaßregel im Interesse der Mauth von dieser erlassen werden kann, besonders — da durch dieses Erlassen die Zollbehandlung beschleunigt, und der Handel überhaupt befördert werden wollte. — Das Vertrauen aber, welches die Zollbehörde auf die von dem Frachtführer gemachte Erklärung setzet, kann natürlich diese Erklärung selbst nicht ungültig machen, da immer für den Frachtführer die gesetzliche Verbindlichkeit besteht, richtig zu declariren.

Einen weitern Beweis als diese Declaration über die Einbringung der Waaren fodert der § 96. Nro. 7. nicht.

Die Anwendung dieser gesetzlichen Verfügung unterstellet sogar, daß diese Einbringung nicht bis zur letzten Evidenz bewiesen sey, denn wäre diese Einbringung unumstößlich bewiesen, und die Waare würde nicht bei der Austrittsstation abgelegt, so würde ein förmliches Abstoßen derselben vorliegen, und dann nicht mehr § 96. Nro. 7., sondern vielmehr Nro. 2. dieses § in Anwendung kommen.

Auch als eine falsche Erklärung nach § 96. Nro. 3. kann man die vorliegende Thatsache nicht ansehen, weil die bemerkten Nro. 3. nur eine geringere Angabe des Gewichtes straft, während hier nach der Behauptung des W. mehr declarirt wurde, als er geladen hatte. Dabei setzt dieser § 96. Nro. 3. aber noch besonders voraus, daß die Collizahl richtig angegeben worden sey; was hier auch nicht der Fall ist.

Darüber, daß das Gewicht der 9 Colli 512 pf. beträgt, liegt kein Zweifel vor. — Auch verfüget der § 96. Nro. 7. lediglich die Strafe des fünffachen höchsten Zollansatzes, ohne bei seiner sonstigen Eigenthümlichkeit, auch noch die Zahlung des einfachen Eingangszolles zu verordnen. Es konnte daher auch nur gerade diese Strafe ausgesprochen werden.

Der Beschuldigte als unterliegender Theil, mußte in die Kosten verurtheilt, und überhaupt, so wie geschehen, erkannt werden.

München, den 9. Septemebr 1833.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden, Präsident.

Secr. Fränkl.

53.

Adjudication.

Seine königliche Majestät.

Auf den Zuschlag von Immobilien, welche mit keiner Hypothekschuld belastet sind, äußert der §. 64. des Hypothek-Gesetzes keinen rechtlichen Einfluß, sondern dießfalls verbleibt es bei den Bestimmungen der G. O. und Proc. Nov.

Erkennen in Sachen der C. L. geb. B. zu D. gegen J. M. L. Rothgerbermeister daselbst wegen Zuschlags des zur Weisgerber W. L. Concurs-Masse gehörigen Wohnhauses, und belassen es bei dem Erkenntnisse des kön. Landgerichts D. de dato 28. Februar 1829.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Gründe.

Es fragt sich hier um die Subhastation einer mit einer Hypothek durchaus nicht belasteten Realität. — Wenn nun gleich

1. das Hypothekengesetz als lex novissima dem Judiciar-Codex sowohl, als der Novelle vom 22. Juli 1819 derogirt, so ist dasselbe doch im vorliegenden Falle keineswegs anwendbar, weil sichs hier weder um die Subhastation auf den Antrag eines Hypothekgläubigers, noch einer mit einer Hypothek belasteten Realität handelt. Nun spricht aber

2. der § 64. des Hypothekengesetzes nur von der Klage eines Hypothekgläubigers zur Bezahlung einer Hypothekschuld auf den gerichtlichen Verkauf eines verhypothecirten Gutes, was hier offenbar nicht der Fall ist. Zwar gestattet

3. der § 69. die Anwendung des § 64. auch bei den übrigen mit einer Hypothek nicht versehenen Gläubigern. —

Allein auch hier ist ausdrücklich der Beisatz in Ansehung des Hinschlages der zur Concursmassegehörigen Immobilien, auf welchen Hypotheken haften, angereiht, zum offenbaren Beweise, daß der Gegensatz in Ansehung des Hinschlages der zur Concursmasse gehörigen Immobilien, auf welcher keine Hypotheken haften, bleibt es bei dem § 7. cap. 18. des jud. cod. und dem § 37. der Nov. vom 22. Juli 1819, wie sich hienach von selbst mit strengster logischer Consequenz ergibt.

4. Die Sache ist auch einleuchtend, wenn es erwogen wird, daß das Hypothekengesetz nur für mit Hypotheken belastete nicht aber für hypothekenfreie Güter Bestimmungen geben wollte, folglich auf diese nie bezogen werden kann.

Hienach mußte, wie im Urtheile enthalten, in der Hauptsache erkannt und die Kosten compensirt werden.

München, den 28. Nov. 1831.

54.

Seine königliche Majestät.

Obligationen au porteur können nicht amortisirt werden — durch ihren Verlust geht aber nicht das Recht (der Foderung) an sich, sond. nur ein Beweismittel verloren, — kann daher die Schuld auf an-

Erkennen in Sachen des M. L. z[illegible]H. contra Fiscum, Foderung betr. zu Recht, daß die Klage des L. angebrachtermassen abzuweisen sey.

Gründe.

Die Frage, ob der Staat schuldig sey, Staats-Schuldscheine, welche au porteur ausgestellt sind, in dem Falle zu bezahlen, oder vielmehr zu erneuern, wenn sie zu Grunde gegangen

dere Art nachgewiesen werden, so muß entweder der dem Staat Zahlung leisten, oder den Schuldbrief erneuern — jedoch muß nicht der bloße Verlust, sondern die Vernichtung des frühern Schuldbriefes dargethan seyn.

sind, kann wegen Mangels bestimmter gesetzlicher Vorschriften nur aus der Natur solcher au porteur gestellten Obligationen entschieden werden.

I. Schuldbriefe au porteur sind zwar wesentlich verschieden

a) von Obligationen, welche die Person des Gläubigers ausdrücken; denn bei ihnen kommt die Person des Gläubigers, eben weil sie darin nicht benennt ist, gar nicht in Betrachtung. Der Inhaber gilt für den Gläubiger, und ihr Rechtsverhältniß spricht sich am deutlichsten darin aus, daß der Schuldner, ohngeachtet er bei allen andern Verbindlichkeiten nur den wahren Gläubiger gültig bezahlen kann, bei solchen Obligationen allemal den Präsentanten bezahlt, ohne berechtigt oder schuldig zu seyn, nach dem wahren Eigenthümer zu fragen.

Sie unterscheiden sich auch wesentlich

b) vom Gelde; denn obwohl sie, wie Papiergeld, Gegenstand des Verkehrs sind, und einen eigenen Curs wie Papiergeld haben, so haben sie doch keinen selbstständigen, innern Werth; nur rücksichtlich der entstehenden Verhältnisse der Privaten unter sich, sind sie dem Handel, als Kaufwaaren anheimgegangen; in Hinsicht der Verbindlichkeiten zwischen dem schuldenden Staate und dem Gläubiger bleibt aber das Verhältniß des Anlehensgeschäftes bestehend.

Nach dieser Beziehung sind sie bloße Schuldbrief-Beweismittel gegen den Staat. —

II. Aus dieser verschiedenartigen rechtlichen Natur der Staatsobligationen au porteur folgt nun

1. daß sie nicht amortisirt werden können, weil die Amortisation dem Princip des freien Verkehres, dem sie bis zu ihrer Einlösung überlassen sind, und dem zu Folge nicht der Eigenthümer, sondern der Inhaber berücksichtigt wird, geradezu entgegen seyn würde; es folgt aber auch

2. hieraus, daß durch ihre Vernichtung die Verbindlichkeit des Staates als Debitor an und für sich allein noch nicht als erloschen betrachtet werden könne.

Denn indem sie hinsichtlich der Rechtsverhältnisse des Staats gegen den Creditor nur Deckungsmittel-Schuldbriefe sind, folglich nach dieser Beziehung nicht als Geld erscheinen, so ist es klar, daß durch den Verlust des Beweismittels das Recht an sich, wenn es auf andere Weise dargethan werden kann, nicht als aufgehoben betrachtet werden dürfe.

Fr. 1. 2. 3. de fid. instrum. (4. 21.)

Es läßt sich auch unter der Voraussetzung, daß die frühere Existenz eines Schuldbriefes au porteur und dessen nachherige Vernichtung zur Gewißheit gebracht wäre, kein rechtlicher Grund denken, warum der Staat der Zahlung resp. Erneuerung desselben sich sollte entziehen können, da seine ursprüngliche Zahlungsverbindlichkeit keinem Zweifel unterläge, und die Staatskasse durch Erneuerung des Schuldocuments nicht weiter belastet würde, sondern vielmehr durch Verweigerung derselben sich widerrechtlich bereichern würde.

III. Daß aber nicht der bloße Verlust, sondern die Vernichtung des Schuldbriefes au porteur auf dessen Erneuerung gedrungen wird, zur Gewißheit gebracht werden müße, fällt von selbst in die Begriffe, da außerdem für den Gläubiger kein Recht existiren könnte, auf die Erneuerung eines Schuldbriefes au porteur oder auf Zahlung ohne Präsentation zu dringen, und für den Staat nur in der Unmöglichkeit, daß der befragliche Schuldbrief ferner cursire, eine Garantie liegen kann, daß er nicht zweimal bezahle, und nur in dieser Garantie der Grund der Verbindlichkeit des Staats aufgefunden werden muß, eine Obligation au porteur ohne Präsentation zu realisiren resp. zu erneuern.

IV. Dieser zur Begründung der Klage nothwendige Beweis der Vernichtung der befraglichen 4 Landesanlehens-Obligationen konnte in dem Klaglibelle in keinem Falle gefunden werden; denn die Thatsache, daß diese 4 Schuldscheine verbrannt sind, kann das Landgericht D. aus eigenem Wissen wohl nicht bestättigen, so wie auch der Grund des Wissens in dem produzirten Zeugnisse nicht ausgedrückt ist.

Die Amortisation dieser Obligation durch das Landger. D. kann aber den bayerischen Staat eben so wenig verpflich-

ten, als sie denselben wegen des bestehenden Prohibitivgesetzes vom 17. Aug. 1813 berechtigen konnte, den Präsentanten der Amortisation ungeachtet nicht zu bezahlen, abgesehen davon, daß die Amortisation vernichteter Urkunden rechtlich undenkbar ist.

V. Es kann aber auch auf den erfoderlichen Beweis zur Zeit nicht erkannt werden, weil die Klage, so wie sie gestellt ist, sich schon an und für sich als mangelhaft darstellt; denn der Kläger hat die vom Fiscus excipiendo angebrachte Behauptung nicht widersprochen, daß dieselben Numern bei jeder zur Zeit der Ermission bestehenden 13 Classen, und bei jeder Classe nach den zwei Emissionsterminen zweimal vorkommen, wie dieses übrigens auch notorisch ist.

Es fehlt daher an der richtigen Bezeichnung des Klagobjectes, und die Klage mußte sonach aus diesem Grunde nach Vorschrift Cod. jud. cap. IV. § 7. Not. b. angebrachtermassen abgewiesen werden.

München, am 25. Nov. 1823.

55.

Pfandrecht.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Ob dem kön. Fiscus auch dann. stillschweigendes Pfandrecht zustehe, wenn er in die Rechte eines Privatgläubigers succedirt — (nach gemeinem und bayerischen Rechte beurtheilt.) —

Ertheilen in Sachen der Cultusstiftungen Münchsmünster und Niederwöhr, gegen den kön. Fiscus, die Location in der A. M. R.-schen Gant betr. den Revision suchenden Stiftungen die erbetene Restitution gegen den Ablauf der Nothfrist, und belassen es bei der Location des Landgerichts J. in dem Erstigkeitserkenntnisse vom 13. April v. Js.

Entscheidungs-Gründe.

Die gebetene Restitution mußte den Cultusstiftungen nach Vorschrift der Gerichtsordnung cap. 16. § 1. Nro. 11. bewilligt werden. In der Hauptsache war blos über die Frage zu erkennen:

Stehet dem königl. Fiscus ein stillschweigendes Pfandrecht wegen Foderungen aus Contracten auch in dem Falle zu, wenn er einem Privatgläubiger succedirt?

Und diese Frage war zu verneinen.

A. Nach dem römischen Rechte.

1. Das Fr. 46. der Pandecten § 3. de jure Fisci spricht nur von denjenigen Fällen, welche im Proömium sowohl als im 1. und 2. § ausdrücklich bezeichnet sind, nicht also von dem vorliegenden Falle; schon die der Gothofredischen Ausgabe des Corpus juris beigefügte Note setzt daher dem allgemein scheinenden Satze, „fiscus *semper* habet jus pignoris“ die Erläuterung bei, **ex causis titulorum et suorum contractuum, non ex *aliis*.**

2. Viele angesehene und neue Rechtslehrer sind zwar der Meinung, daß jene Rechtsfrage nach dem 6. Fragmente der Pandecten de jure fisci bejahet werden müsse; wenn man aber das Fragment in seinem ganzen Zusammenhange liest, so ergibt sich klar, daß Ulpian nichts anders lehren wollte, als was Paulus, — im Frag. 17. § 6. Dig. de usuris. aussprach, nämlich, wenn der Fiscus in die Rechte eines andern Gläubigers succedirt, so ist er nicht befugt, für die Zeit, welche seiner Succession voranging, fiscalische Zinsen zu verlangen; sein Privilegium, solche Zinsen zu fodern, fängt erst von der Zeit an, wo er in das Recht des Privaten eintrat, und den Schuldnern seines Vorgängers belangt hatte. Glück, der früher in der Erläuterung der Pandecten Bd. 16. S. 410. auch in einem Falle, dem Fiscus das pignus legale eingeräumt zu haben scheint, bemerkt gleichwohl in der Note 70. am angeführten Orte S. 411., daß die Ausleger unter dempost ea quam Fiscus succesſit, habebit privile-

gium suum das privilegium exigendi verstehen, welches dem Fiscus vor andern chirographischen Gläubigern ein Vorzugsrecht gibt.

3. Von jedem Privilegium, das der Fiscus hatte, auch dann Gebrauch zu machen, wenn derselbe einem Privaten succedirte, gestattete das römische Recht überhaupt nicht; so war z. B. das Privilegium, Verzugszinsen nicht zahlen zu dürfen, dann nicht zuläßig, und

Frag. 17. §. 5. Dig. de usuris. das Privilegium konnte nicht in Anwendung kommen, wenn der Fiscus emtor haereditatis, vel actionis war;

L. Fr. cod. de haered. vel actione vend. und in der Eigenschaft eines Erben konnte Fiscus auf seinen befreiten Gerichtsstand nicht provociren.

Fr. 19. dig. de judicis.

4. Allgemein vielmehr stehet dem Fiscus das entgegen, was Paulus Fr. 60. § 1. Dig. de conditione et demonst. sagt, Fiscus iisdem conditionibus parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, pervenit, sicut etiam eum suo onere hoc ipsum vindicat, und ganz klär entscheidet Callistratus die aufgeworfene Rechtsfrage dahin: si posteriori creditori Fiscus successerit, eo jure utibitur, quo is usurus est, cui successit.

Fr. 3. § 7. dig. de jure Fisci.

5. Mit vollem Rechte haben daher Gust, Henning, Böhmer introd. in jus digestor, ad lit. 20. lit. 2. § 2. und Leyser ad pandect. spec. 50. Nr. 23.

dem königl. Fiscus das piguns legale abgesprochen, wenn er in jus privat. succedirt, und mit ihnen hat sich neuerdings Glück

vereiniget, und die Nichtanwendbarkeit des 6. Pandecten-Fragments de jure fisci umfänglich dargethan.

6. Diesem allen nach bleibt denn auch hier die Rechtsregel, non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit.

Fr. 54. und 175. de diverf. reg. jur.

fest stehen; diese Regel, welche der Vernunft und dem natürlichen Rechte so ganz entspricht.

Selbst jedoch dann, wenn nach dem römischen Rechte die vorliegende Rechtsfrage bejahet werden könnte, würden dieses dem bayerischen Fiscus nichts nützen.

Der ehrwürdige Commentator des bayerischen Landrechtes Freiherr von Kreitnaier

Anmerkungen zum civil. cod. Th. 2. cap. 1. § 5. Nr. 9. lehret, daß man circa quaestiones fisci dubias nicht so viel ad justinianum, als zu den einheimischen deutschen Rechten und Gewohnheiten, wie auch in subsidium zu den natürlichen und allgemeinen Staatsrechtsprincipiis seine Zuflucht zu nehmen habe, und die kön. Declaration vom 19. März 1807

Reggsbl. von 1807 Abschn. D. Ziff. 10.

stehet dem nicht entgegen, daß sie in subsidium auf das bayerische Recht hinweiset, überhaupt aber dermalen von Verhältnissen eines der königl. Souverenität unterworfenen Fürsten, Grafen und Herrn zu den verschiedenen Zweigen der Staatsgewalt nicht die Rede ist.

B. Nach bayerischem Rechte

stehet dem Fiscus wegen Foderungen aus Contracten dann, wenn er einem Privatgläubiger succedirt, eben so wenig, als nach dem römischen Rechte ein gesetzliches Pignus zu.

7. Unser Landrecht beziehet hinsichtlich der Rechte des Fiscus im Concurse der Gläubiger sich auf den § 8. des 20. Capitels der Gerichtsordnung (Landrecht Th. 2. cap. 6 § 4. und Anmerkungen.)

8. Dieser Paragraph der Gerichtsordnung bestimmt, vorzüglich auf die zu entscheidende Frage:

„in die siebente Stelle kommt Imo der Fiscus, wo er Kraft eines Vertrages an Jemand etwas zu fodern hat.

Hieraus ist aber nicht zu entnehmen, ob — und worauf indessen dermal alles ankömmt — Contracte, welche unmittelbar mit dem Fiscus abgeschlossen wurden, oder auch solche Verpflichtungen gemeint seyen, die aus einem Contracte

herrühren, dieser mag ursprünglich mit wem immer eingegangen worden seyn.

Der Freiherr von Kreitmayr sagt in den Anmerkungen § 8. cap. 20. der Gerichtsordnung, daß dieser ganze Paragraph dem 16. und 17. § des zweiten Theiles des ältern Gantprocesses, — welcher über die vorliegende Rechtsfrage wieder nichts Bestimmtes enthält — und nach dem Sinne und der Auslegung des Letztern zurückgegeben worden.

9. Baron von Schmid stellt unter Ziffer 6.

Commentarii ad processum summarium et edictalem pag. 51. sequ. den Satz auf;

indubitata regula imprimis statuitur, quod fiscus *in bonis debitorum suorum*, qui *cum eo* contraxerunt, de jure tacitam hypothecam habeat;

er spricht auch in den folgenden Erläuterungen z. B. Ziffer 7, 8, 12, 13, 14 ꝛc. ꝛc. nur von contractibus *cum fisco initis*, a fisco, cum *privatis* initis, in Nro. 17. aber spricht er, quod de debitore fiscali ex contractu diximus ad debitorem ex delicto, vel alio capie extendi non potest, immer also von Verträgen, welche unmittelbar mit dem Fiscus geschlossen wurden. Hätte Baron von Schmid auch andere Verträge, welche ein Privatis, in dessen Rechte Fiscus eintrat, mit einem andern Privaten geschlossen hatte, im Auge gehabt, so würde er bei seiner bekannten Gründlichkeit, und bei seiner sehr weitläufigen Behandlung des Gegenstandes gewiß nicht unterlassen haben, zu bemerken, daß dem Fiscus auch dann pignus legale zustehe, wenn dieser in das Recht eines Privaten sucedirt ist, der aus einem Vertrage an Jemand etwas zu fodrn hatte.

10. Wollte man indessen es noch für einigermassen zweifelhaft halten, was der ältere Gantproceß, der Baron Schmid, und die neuere Gerichtsordnung unter den Foderungen, welche Fiscus in Kraft eines Vertrages zu machen hat, verstanden wissen wollen, so bleibt doch immer wenigstens so viel unläugbar, daß dem Fiscus ausdrücklich kein Privilegium ertheilt worden sey, nach welchen er ein Unterpfand in An-

spruch nehmen könnte, das der Privatus in dessen Rechte jener succedirte, nicht gehabt hat, und daß

Landrecht Th. I. cap. 2. § 16. und Anmerkungen

bei der Interpretation eines Privilegiums ex identitate rationis von einem Falle auf den andern nicht geschlossen werden darf, besonders, wenn die Extension, wie dermalen der Billigkeit oder dem Rechte eines Dritten nicht entgegen seyn würde.

11. Offenbar würde eine solche Ausdehnung dem positiven vaterländischen Rechte geradehin entgegen seyn. Die Succession des Fiscus in die Rechte der ehemaligen Johanniter-Ordens Commende-Stokau kann und muß nach den Grundsätzen einer Cession beurtheilt werden, und unsere vaterländischen Gesetze statuiren,

Landrecht Thl. I. cap. 3. § 8. Nro. 11.

ausdrücklich, daß der Cessionar der ihm eigens zustehenden Privilegien zum Nachtheile eines Dritten in recessa sich nicht gebrauchen dürfe. Weder das Gesetz selbst, noch die Anmerkungen zu demselben Ziffer machen hiebei eine Ausnahme zu Gunsten des Fiscus, wohl aber beziehet sich der Commentar auf Leyser med. ad pandectum spec. 50. § 22., welcher behauptet, daß das privilegium fisci dann, wann derselbe in locum privati succedirt hat, nicht in Anwendung gebracht, sondern nur jure cedentis, seu ejus, a quo causam habet gehandelt werden könne.

12. Dürfte das Gegentheil statt finden, so würde der Debitor eines Privaten, dessen Gläubiger der Fiscus durch Succession geworden ist, in mehrfachem Betrachte seiner Condition verschlimmert, und mancher Creditor seine im guten Glauben und mit Beistimmung der Gesetze wohlerworbenen Rechte vernichtet sehen müssen, was jedoch weder nach den Grundsätzen der rechtlichen Billigkeit noch nach dem Naturrechte, noch nach positiven Gesetzen zugelassen werden konnte.

13. Der Vertreter des Fiscus hat zwar in seiner Berufung zur 2. Instanz auf einen Ausspruch des obersten Gerichtshofs vom 17. März 1823 in Sachen Fiscus wider den Marktschreiber X. K. zu V., nachher dessen Concursmassa

als auf ein, dem erstrichterlichen Erkenntnisse entgegenstehendes Präjudiz sich bezogen; allein jener Ausspruch passet durchaus nicht auf den vorliegenden Fall, denn jenesmal handelt es sich von einem Kaufsvertrage, den unmittelbar Fiscus mit dem K., über Realitäten des aufgelösten Franziskanerklosters Freistadt geschlossen hatte, wo also dem Fiscus nach dem § 8. des 20. cap. der G. R. O. das stillschweigende Pfandrecht allerdings zuerkannt werden mußte.

Wenn nun aber gleich der kön. Fiscus diesem allen nach in der siebenten Classe keinen Platz finden konnte, so bedurfte es doch keiner Untersuchung, ob ihm zugleich mit den Cultusstiftungen die erste Stelle in der 10. Classe zustehe, da die Revision suchenden Stiftungen unbedingt um Bestättigung des landgerichtlichen Erkenntnisses gebeten haben, welches dem Fiscus diese Stelle angewiesen hat. Und da hinsichtlich der fiscalischen Zinsenfoderung voriger Richter an dem landgerichtlichen Erkenntnisse nichts geändert hat, auch deßwegen weiter keine Beschwerde geführt worden ist, so war, wie geschehen, oberstrichterlich zu erkennen.

Den 18. Mai 1826.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco.

Fränkl, Secr.

56.

Portio Canonica.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennen das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis in der wechselseitigen Berufungssache des bischöflichen Ordinariats E., wider die Testaments-Erben des in H. verstor-

benen Stifts-Dechants Sch. namentlich der Kirchen- und Armenstiftungen zu H. und E., die E. S. in H., die Apotheker Sch.'sche Wittwe zu W. und die Gallerie-Aufseher P. zu M. für sich und als Erben der verschollnen A. M. P. Verabfolgung der canonischen Portion und Kanzleigebühr betreffend, den Acten gemäß hiemit zu Recht:

1. daß die Beschwerde des klagenden Ordinariats für ungegründet zu erachten, vielmehr
2. was die Beschwerde der Verklagten anlangt, mit Abänderung des erstrichterlichen Erkenntnisses diejenigen Verklagten, welche den Streit fortgesetzt haben, unter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist von der Klage zu entbinden, übrigens
3. die Kosten, beider Instanzen zu compensiren seyen. Von Rechtswegen.

Gründe.

ad 1. Das Herkommen, auf welches die Klage gegründet ist, kann, in so ferne solches noch als rechtsverbindlich betrachtet werden dürfte, für den Gegentheil zugestanden nicht erachtet werden, indem derselbe dadurch, daß er gegen die verbindliche Kraft eines angeblichen Herkommens Erinnerungen vorbrachte, dieses Herkommen nach der Gerichtsordnung cap. 6. § 7. Nro. 10. keineswegs zugestanden, überdieß der Klage auch einen allgemeinen Widerspruch entgegengesetzt hat. Auch von einer Notorität kann die Rede nicht seyn, denn durch die zwei bei dem Stadtgerichte in den Jahren 1823 und 1824 angeblich vorgekommenen Fälle, wurde ein verbindliches Gewohnheitsrecht nicht begründet.

Was endlich die der Klage in Abschrift beigelegten Urkunden betrifft, so ist mit denselben der Beweis ausdrücklich nicht anticipirt, und der Gegentheil hat solche nicht anerkannt, vielmehr sich seine Erinnerungen dagegen vorbehalten. Die verlangte definitive Verurtheilung der Verklagten könnte demnach selbst dann nicht erfolgen, wenn dem von dem klägen-

den Theile behaupteten Herkommen eine rechtsverbindliche Kraft jetzt noch beigelegt werden dürfte.

ad 2. Begründet ist dagegen die Beschwerde derjenigen Verklagten, welche den Streit fortsetzen, darüber, daß sie nicht so fort definitiv von der Klage entbunden worden sind. Das Kronfiscalat, welchem die verklagte Streitgenossenschaft richterlicher Auflage zufolge die gemeinschaftliche Vertretung übertragen hat, ist zwar mit der Berufungsschrift um einige Tage zu spät eingekommen, hat aber um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten, welche für die verklagten Kirchen- und Armenstiftungen nach G. D. cap. 15. § 6. Nro. 15. und cap. 16. § 1. Nro. 1. ohnehin keinem Anstande unterliegt, für die Mitverklagten als Privaten bei der resolutio ex intimo d. d. 14. April 1755 und nach G. D. cap. 16. § 1. Nro. 12. um so unbedenklicher ertheilt werden kann, als sie einen gemeinschaftlichen Anwalt wählen mußten, einen andern als den kön. Fiscal nach Lage der Sache nicht wohl wählen konnten, diesem als Vertreter der Stiftungen besondere Privilegien zustehen, wenn auch nicht der Streitgegenstand doch die Rechtsvertheidigung untheilbar war, und die Beschwerde gegründet ist, es zu einer großen Inconvenienz führen würde, wenn in Beziehung auf zwei Verklagte auf den Beweis des Herkommens erkannt werden müßte, dessen verbindende Kraft nach den Gesetzen des Staates nicht anerkannt werden darf.

Das Erbrecht auf die Verlassenschaften der Cleriker, welche sich im Mittelalter die Bischöfe und Domcapiteln unter der Benennung portio seu quarta canonica vel funeralis zugeeignet haben und welches nach des Freiherrn von Kreitmairs Zeugniß in seinen Anmerkungen zum bayerischen Landrechte P. 5. cap. 19. § 27. Nro. 4. schon in frühern Zeiten streitig war und nur in einzelnen Diöcesen vertragsmäßig jedoch immer unter gewißen Beschränkungen bestand, ist nämlich mit dem Grundsatze des heutigen Kirchenrechts unverträglich, wornach jetzt im Occident sowohl die katholischen wie die protestantischen Geistlichen hinsichtlich der Be-

erbung ohne Unterschied, wovon ihr Vermögen herrührt, den Stiftgeistlichen völlig gleichgestellt sind.

Walters Lehrbuch des Kirchenrechtes 4. Aufl. § 266 u. 267.

In keinem Falle könnte eine solche Abgabe heut zu Tage noch von den geistlichen Behörden erhoben werden, da nach dem § 61. des Reichsdeputationsschlusses vom 25. Februar 1803 in den säcularisirten geistlichen Ländern die Regalien, bischöfliche Domänen, Domcapitelsche-Beneficien und Einkünfte dem neuen Landesherrn zufielen.

Eichhorns Grundsätze des Kirchenrechtes.

Band I. pag. 302.

Dem gemäß hat die bayerische Staatsregierung durch mehrere Verordnungen

vom 13. u. 17. Nov. 1805 (B. Rggsbltt. pag. 955 u. 997.)
» 7. Mai 1804 » » » 935
» 9. März 1807 » » » 442 und
» 1. Febr. 1811 » » » 236 die Verhältnisse der geistlichen Gewalt zur weltlichen geordnet, die geistliche Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten der Geistlichen aufgehoben und Eigenthumsfähigkeit und Vererbungsfreiheit der Letztern ausgesprochen und insbesondere die sogenannte quota funeralis und sonstige Gebühren von Verlassenschaften der Geistlichen als mit der damaligen Verfassung unverträglich abgeschafft. Die beiden letzt erwähnten Verordnungen beziehen sich zwar zunächst auf das vormalige Fürstenthum Bamberg, sprechen jedoch den Grundsatz der Vererbungsfreiheit sämmtlicher Geistlichen des Königreichs allgemein aus, und beziehen sich und zwar die Verordnung vom 9. März 1807 ausdrücklich auf die Bestimmung des Reichs-Deputationsschlusses, nach welchen von dem fiscalischen Erbrechte der Bischöfe und Domcapitel keine Rede mehr seyn kann. Dagegen haben in Gemäßheit des Art. 4. des Anhanges Nro. 1. und Beilage 2. der Verfassungsurkunde die Bischöfe und bischöflichen Capiteln vom Staate eine auf Güter und ständige Fonds gegründete Ausstattung erhalten, und es würde allen Grundsätzen des Rechtes zuwider seyn, wenn sie ihr altes Einkom-

men und die neue Ausstattung mithin gewissermassen rem et pretium zugleich in Anspruch nehmen wollten.

Auch das in H. wo der verstorbene Stiftsdechant S., aus dessen Verlassenschaft die portio canonica verlangt wird, seinen Wohnsitz hatte, seit dem 1. Jänner 1805 geltende Landrecht für die preußischen Staaten verordnet im II. Theile 11. Ttl. § 98 bis 100.: daß in den Angelegenheiten des bürgl. Lebens alle Geistlichen ohne Unterschied der Religion nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden sollen, und daß demnach sowohl alle protestantischen, als die katholischen Weltgeistlichen die freie Disposition über ihr Vermögen ohne Unterschied des Erwerbes behalten. Nur da wo Provinzial-Gesetze oder vom Staate gebilligte Statuten (von blossen Observanzen ist keine Rede) der Kirche ein Erbrecht auf einen gewissen Theil dieses Erwerbes beilegen, soll es nach dem § 101. dabei sein Bewenden haben.

Zwar sollen in den vermöge des Reichsdeputationsschlusses vom 25. Febr. 1803 an Bayern gekommenen und von diesem vermöge Staatsvertrages vom 30. Juni 1803 an Preußen abgetretenen vormals E.schen Ämtern, worunter J. gehörte nach dem § 2. des Patents wegen Einführung des preußischen Landrechtes d. d. Berlin 31. December 1803 die wohlhergebrachten Gewohnheiten ihre gesetzliche Kraft und Giltigkeit dergestalt behalten, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten zuerst nach denselben und nur in deren Ermanglung nach den Vorschriften des allgemeinen Landrechtes entschieden werden sollen.
Beilage zur Ansbacher Intelligenzzeitung v. J. 1804 Nro. 8.

Allein damals als H. an Bayern und von diesem an Preußen kam, war das Erbrecht des Bischofs oder des Domcapitels auf die Verlassenschaften der Geistlichen, angenommen auch, es habe vorher vermöge einer wohlhergebrachten Gewohnheit bestanden, vermöge der ausdrücklichen Disposition des oben allegirten § 61. des Reichs-Deputationsschlusses bereits erloschen.

Ebenso würde es sich mit der kön. Erklärung vom 15. Nov. 1817 das Fürstenthum E. betr. Ttl. III. Art. 2., worauf in

der Nebenverantwortung besonders aufmerksam gemacht würde, verhalten, wenn diese Erklärung auf die längst nicht mehr zu E. gehörige Stadt H. überhaupt Anwendung finden könnte. Auch ist das fragliche Recht weder von Preußen, noch als H. mit dem vormaligen Fürstenthume A. im Jahre 1806 an die Krone Bayern gekommen war, von dieser gesetzlich wieder eingeführt worden, vielmehr hat die bayerische Staatsregierung, wie die oben allegirten Verordnungen vom 9. März 1807 und 1. Februar 1811 beweisen, jedem Versuche, ein solches Recht wieder auszuüben, den Grundsätzen des Reichsdeputationsschlusses und den Foderungen der Zeit hul digend kräftigen Widerstand entgegengesetzt.

Sollten dem ungeachtet, wie aus den Klagsbeilagen hervorzugehen scheint, in der neuern Zeit dergleichen Versuche im Bisthum E. gelungen seyn, so könnte hiedurch gegen die Gesetze des Staates und gegen den in den Verordnungen von den Jahren 1807 und 1811 deutlich ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers ein neues Gewohnheitsrecht als bindende Norm nicht mehr begründet werden. (Einleit. z. P. L. R. § 60.)

Was das der Klage in Abschrift beiliegende allerhöchste Immediat-Rescript d. d. Tegernsee, den 24. August 1824 anlangt, so scheint dasselbe der klägerischen Intention allerdings zuzusagen; da aber nach dem § 2. Ttl. VII. des Staatsgrundgesetzes ohne dem Beirath und die Zustimmung der Stände des Königreiches kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freiheit der Person oder des Eigenthums der Staatsangehörigen betrifft, erlassen noch ein solches bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden kann, so darf dieses ohne Zustimmung der Stände erlassene Rescript als eine Rechts verbindende Norm von dem Richteramte nicht anerkannt werden.

Durch obige rechtliche Ausführung ist die abändernde Entscheidung ad 2. gerechtfertiget, wobei noch zu bemerken ist, daß der mitbeklagte P. dem Streite entsagt und die künftigen Ansprüche für seinen Antheil anerkannt hat. —

ad 3. Ein Streitmuthwille kann übrigens dem klagenden bischöflichen Ordinariate unter den vorwaltenden Umständen und bei dem in Mitte liegenden allerhöchsten Rescripte vom 24. August 1824 keineswegs zur Last gelegt werden.

Es waren daher die Kosten des Processes nach Vorschrift der Gerichtsordnung cap. 17. § 4. Nro. 3. so wie geschehen, zu compensiren.

Den 10. Jänner 1832.

Königl. Appellationsgericht für den * Kreis.**

57.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Streitsache des bischöflichen Ordinariats gegen die Erben des Stifts-Dechants Sch. zu H. wegen der portio canonica und der Canzleigebühren zu Recht, und bestättigen das vom königl. Appellationsgericht des *** Kreises am 16. Jänner 1832 gefällte Erkenntniß.

Entscheidungs-Gründe.

Die vom bischöflichen Ordinariate wegen der den Beklagten ertheilten Restitution geführte Beschwerde ist ungegründet, da die Beschwerde der Beklagten, welche mit jener des Ordinariatsconnex ist, als eine Adhäsion erscheint, als welche sie noch zur gehörigen Zeit einkam, so daß es einer Restitution gar nicht bedürft hätte.

In der Hauptsache wird sich auf die dem Erkenntnisse des königl. Appellationsgerichtes beigeführten Entscheidungs-Gründe bezogen.

Die Compensation gründet sich auf die Bestimmungen ad jud. cap. 17. § 4. Nro. 3.

München, den 13. Aug. 1821.

58.

Mortuarium.

Erkenntniß.

Alle Gefälle aus der Leibeigenschaft sind durch die Edict. v. J. 1808 und 1818 aufgehoben.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht X. erkennt in Sachen des kön. Fiscus gegen den königl. Kämmerer und Regierungsrath J. Gr. von K. wegen unbefugter Besthauptserhebung

1. daß der kön. Fiscus zur Klagestellung in gegenwärtiger Streitsache hinlänglich befähiget
2. der beklagte Gr. von K. gehalten sey, binnen 30 Tagen rechtsgenügend zu beweisen, daß das von S. K. erhobene Mortuarium aus einem nach den bestehenden Gesetzen rechtsgiltigen Vertrage und nicht aus Leibeigenschaft entsprossen sey.
3. suspens. expens.

Gründe.

ad 1. Der kön. Fiscus, durch das rentämtliche Zeugniß als Grundherr legitimirt, ist als solcher allerdings in gegenwärtiger Sache interessirt, weil die größere und kleinere Last seiner Grundunterthanen für ihn selbst von bedeutendem Einflusse, wenn auch nicht gerade in vorliegendem Augenblicke ist, doch werden kann; denn es ist nicht zu verkennen, daß der Fall, daß grundherrliche Abgaben nicht mehr erschwungen werden können, durch unvorhergesehenes Unglück, oder

wie immer weit eher und empfindlicher den Grundherrn treffen wird, wenn der Besitzer des Guts noch mit andern Lasten überbürdet ist, als außerdem, — daß der Verlust und die Unmöglichkeit der Leistungen an den Grundherrn wegen der Entrichtung des Mortuarium wirklich schon vorhanden, ist zum Einschreiten des Grundherrn gar nicht nothwendige Bedingniß; denn die obwaltende Gefahr, und sein nahes Interesse, die aus der Natur der Verhältnisse schon hervorgehen, sind dazu hinlänglich, und die Klage ist nicht blos auf Zurückgabe des eingehobenen Mort., sondern auch ausdrücklich auf Abstellung fernerer Einhebung gestellt. — Als Vertreter des Staatsärares unterstützen den kön. Fiscus dieselben Gründe. Und daß derselbe auch zur Aufrechthaltung der Edicte und Schützung der Staatsbürger gegen gutsherrliche Ausschreitungen klagend aufzutreten befugt sey, ist, wenn auch durch keine Gesetzesstelle gerade förmlich ausgesprochen, nach allgemeinen Grundsätzen sowohl, als der frühern in dieser Sache ausgesprochenen Ansicht, keinem Zweifel unterworfen.

Ad 2. a. Die Litis-Denunciation ist zwar in dem jüngsten Recesse wiederholt in Anregung gebracht worden, allein da sie durch die Erklärung des Lehenfiscus, und durch die vom Beklagten und Litisdenuncianten nicht widerstrittene Angabe, daß nicht einmal in der Lehenfassion die angesetzten Mortuarien angenommen, vielmehr gestrichen wurden, ihre vollkommene Erledigung gefunden hat, so ward im gegenwärtigen Proceßstadio Umgang genommen.

b. Es ist ein Irrthum, daß die Constitution von 1808 nicht ins Leben getreten sey, vermuthlich dadurch veranlaßt, daß sie in einigen Puncten, wo weitere Verfügungen und Ausführungen vorbehalten waren, nicht ganz zur Ausführung gekommen.

Das Edict über die Aufhebung der Leibeigenschaft vom 31. August 1808 besteht, wie jede andere Verordnung und außer allen Zweifel vollkommen aufrecht.

Sie wird durch das Edict von 1818 über die grundherrlichen Rechte bestättigt, Das Mort. ist dadurch aufgehoben

als ein Ausfluß der Leibeigenschaft ohne alle Unterscheidung und Vorbehalt ausdrücklich und bestimmt abgeschafft.

Nur ein, nicht aus der Leibeigenschaft, aus einem andern rechtsgiltigen Titel entspringendes Mortuarium könnte also noch fortbestehen. Ob nun gleich nicht wahrscheinlich, daß das bestrittene Mortuarium aus irgend einem andern Titel, als dem der Leibeigenschaft herrühren möchte, so wäre es doch nicht unmöglich, und den bestehenden Gesetzen geradezu widersprechend, und da diese Behauptung, es sey nämlich das bestrittene Mort. aus der Kathegorie der gewöhnlichen in der Leibeigenschaft begründeten Mortuarien gerückt, einmal von Seite des Beklagten aufgestellt wurde, der Beweis aber von ihm nach Nov. 22. Juli 1819 bei Uebergabe des Erkenntnisses vom Jahre 1683, aus welchem jene Behauptung geleistet werden wollte, auch in der Replik nicht ausdrücklich angetreten wurde, so mußte um so mehr auf den Beweis erkannt werden, als auch durch jenes, in der Exception beigebrachte Erkenntniß, welches als in Possess. erlassen, hinsichtlich des Rechtstitels nicht wohl etwas enthalten kann, die beklagterseits angebrachte Behauptung nicht spruchreif bestättiget, und es keinem Zweifel unterliegt, daß mit dem „Ungewöhnlichen“ die Größe der gefoderten Mortuarien gemeint sey, welches die unmittelbar darauffolgende Auffoderung zur Mässigung noch auf das Klarste darthut.

Würde es beim Beweise dieses Erkenntnisses mitunter neuerdings gebraucht werden wollen!, so könnte es zwar (die Untersuchung des Erfolges gehört nicht hieher) geschehen; allein als blosser Beleg der Exception konnte es die darauf begründete Behauptung nicht gehörig unterstützen.

Die einstwillige Hinhaltung der Entscheidung über den Kostenpunkt ꝛc. ꝛc.

59.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

In der Berufungssache des kön. Fiscus wider den kön. Rggsrath J. Grafen von K., wegen erhobenen Besthauptes erkennt das königl. Appellationsgericht für den * * * Kreis; nach restit. fisci a. lapsum fatalium reformando das Erkenntniß des königl. Kreis- und Stadtgerichts Regensburg d. d. 28. Febr. 1823 zu Recht,

daß der königl. Fiscus zur Klagestellung befugt, in der Hauptsache aber der Beklagte Gr. v. K. nicht berechtigt sey, für den Todfall eines Bauers oder Söldners in dem Bezirke seines Gutes das Besthaupt zu fodern, daher derselbe dem Bauer S. L. die im Jahre 1813 den 18. August erhobenen 40. fl. für das beßte Pferd zurückzubezahlen habe.

Entscheidungs-Gründe.

Der kön. Fiscus ist zur Klagestellung wieder den Grafen von K., wegen des von dem Bauer S. L. erhobenen Besthauptes zu 40 fl. für das beßte Pferd befugt, weil S. L. königl. Grundhold ist, und um Schutz gegen die widerrechtliche Foderung des Gutsbesitzers angerufen hat. Auch hat der Staat das Recht, allenfallsige Mißbräuche der Gutsbesitzer in Ausübung gutsherrlicher Rechte abzustellen, welches durch das Edict über die gutsherrlichen Rechte der kön. Regierungen insbesondere aufgetragen wurde, mithin ist auch offenbar das kön. Fiscalat, welches die Rechte des Staates vertritt, befugt, wider solche Gutsherren Klage zu stellen, welche Abgaben erheben, die mit den verfassungsmäßig zustehenden gutsherrlichen Rechten unvereinbarlich sind.

Der beklagte Gr. K. hat sich auf die fiscalische Klage eventuel eingelassen, auf das durch Herkommen und Besitz erworbene Recht sich berufen, und ein Erkenntniß des vormaligen churfürstlichen Hofgerichts R. vom 26. Juni 1683 producirt, worauf das kön. Kreis- und Stadtgericht R. dem beklagten Gr. K. zu beweisen auferlegt, daß das von S. L.

zu W. erhobene Mortuarium aus einem nach den bestehenden Gesetzen rechtsgültigen Vertrage und nicht aus der Leibeigenschaft entsprossen sey; allein dagegen appellirten beide Theile, und das erstrichterliche Interlocut kann auch nicht zu Recht bestehen, denn das Mortuarium Sterbhandlohn, Todfall oder Besthaupt ist nur ein Leibeigenschaftsgefall, und hat keinen andern Vertrag zum Grunde.

Cod. civ. P. I. cap. 8. § 14.

Daher beschwert sich auch der beklagte Gr. K., daß er den auferlegten Beweis zu liefern außer Stand sey, indem er sein Recht selbst nur aus der Leibeigenschaft ableitet, jedoch auf die dingliche Leibeigenschaft sich stützet, und darauf anträgt, daß der Beweis darüber aufgetragen werde, daß das eingebrachte Besthaupt eine auf dem Gute haftende Real-Last sey.

Diese Ansicht ist aber gleichfalls unrichtig, indem die Foderung des Besthauptes durch die bestehenden ausdrücklichen Prohibitivgesetze den Gutsbesitzern untersagt ist; denn

a) durch die Constit. v. 1808, durch das besondere Edict vom 31. August ejusdem ist alle Leibeigenschaft, persönlich sowohl, als dinglich ausdrücklich aufgehoben.

§ 3. des Ed. Rggsbl. S. 1934.

Das erhobene Besthaupt ist auch mehr ein Gefäll der persönlichen Leibeigenschaft, indem aus der Verlassenschaft der Leibeigenen, aus dessen Mobiliarschaft das beßte Stück (in concreto das beßte Pferd) gegeben wird.

Cod. civ. P. I. cap. 8. § 14. in not.

b) die Constit. v. 1808 wurde durch die neueste Verf.-Urk. v. 26. Mai 1818 nicht aufgehoben, vielmehr rücksichtlich der Leibeigenschaft ausdrücklich bestättigt, indem es Titl IV. § 6. der Verf.-Urk. heißt:

„In dem Umfange des Reiches kann keine Leibeigenschaft bestehen, nach den nähern Bestimmungen des Edict v. 3. August 1808.

c) In dem Edict über die gutsherrlichen Rechte, Beil. VI. zur Verf.-Urk. 1818 ist der Handlohn nur für Veränderungsfälle, nicht aber für den Sterbfall des Besitzers gestattet,

und das Edict vom 31. August 1808 enthält im § 8. ausdrücklich, daß der Gutsherr alle Ansprüche auf das vormals bestandene Mortuarium verloren habe.

Da der Foderung des Besthauptes deutliche Prohibitiv-Gesetze entgegenstehen, so kann es auch dem Beklagten Gr. v. K. nichts nützen, wenn er das alte Herkommen oder seinen Besitzstand, worin seine Vorältern schon durch oberstrichterliche Sentenz manutenirt wurden, beweisen kann, welches auch gar nicht widersprochen wurde.

Die vormals bestandenen Ansprüche aus der Leibeigenschaft sind gänzlich aufgehoben, und können nicht mehr erhoben werden, daher definitiv erkannt werden mußte, daß Gr. v. K. das Besthaupt zu erheben, nicht berechtigt sey, und er die erhobenen 40 fl. für das beßte Haupt von S. K. zurückzubezahlen habe, weil der Betrag im Jahre 1813, nach dem schon bestandenen Prohibitivgesetze vom 31. August 1808 widerrechtlich erhoben wurde.

Der Appellant Gr. v. K. will sich zwar auf den § 116. des Ed. über gutsherrliche Rechte vom 26. Mai 1818 beziehen, worin vorkömmt, daß der Gutsherr die aus der persönlichen Leibeigenschaft herrührenden, durch das Edict v. 31. August 1808 aufgehobenen Gefälle nicht mehr beziehen dürfe; daraus will der Appellant folgern, daß nur die Gefälle der persönlichen Leibeigenschaft untersagt seyen, die als Reallasten zu betrachtenden Gefälle der dinglichen Leibeigenschaft dahin aber nicht gehörig seyen, daher ihm darüber, ob das erhobene Besthaupt eine Reallast der dinglichen Leibeigenschaft sey, der Beweis aufgetragen werden sollte.

Allein in dem bezogenen Edicte v. 31. August 1808 § 4 et 5. ist auch dieses Bedenken gehoben, und entschieden, welche Gefälle mit der aufgehobenen persönlichen Leibeigenschaft verloren seyen, und nicht mehr angesprochen werden dürften, worunter ausdrücklich auch das Mortuarium aufgezählt wird.

In den §. 6 — 9. des allegirten Edicts ist bestimmt, wie es mit den Lasten der aufgelösten dinglichen Leibeigenschaft gehalten werden soll, und daß die Leibeigenschaftsver-

hältnisse in einen Grundbarkeits-Vertrag umgewandelt werden, wobei aber wieder ausdrücklich vorkommt, daß die Ansprüche auf das Mortuarium oder auf die Verlassenschaft des Grundholden, und andere gleichartige Abgaben verloren seyen; es ist mithin kein rechtlicher Grund gedenkbar, womit Gr. v. K. sein behauptetes Recht noch nachweisen könnte.

Den 2. August 1823.

60.

Seine königliche Majestät.

Mortuarium-Besthaupt kann nicht mehr gefodert werden, wenn es ein Ausfluß der Leibeigenschaft, sondern nur dann, wenn es eine grundherrl. Prästation ist.

Erkennen in Sachen der Freiherrl. v. S. Gutsherrschaft zu S. wieder den Unterthan J. B. daselbst wegen Hauptrecht zu Recht:

daß die Freiherrl. von S. Gutsherrschaft binnen 30 Tagen peremtorischer Frist zu beweisen habe, daß das gefoderte Hauptrecht ein wirkliches Handlohn sey.

Die Kosten ꝛc.

Gründe.

Beide Partheien sind darüber einig, daß auf dem Gute des Beklagten das Hauptrecht hafte, und der Beklagte behauptet nur, daß es durch das Edict vom 31. Aug. 1808 und die Constitutions-Urkunde aufgehoben worden, weil diese Abgabe ein Ausfluß der Leibeigenschaft sey. Die klägerische Gutsherrschaft widerspricht Letzteres und behauptet, daß dieses Hauptrecht eine Grundprästation sey, welche die Stelle des Sterbhandlohns vertrete.

Nach der Constitution und dem Edicte vom 31. August 1808 ist nun das Mortuarium zwar aufgehoben, und dieses oft-, wie der cod. civ. not. a. § 14. cap. 8. Thl. I. beweiset, gleichbedeutend mit dem Hauptrechte. Allein es hat gedachtes Edict hiemit nicht jeden Anspruch an die Verlas-

senschaft eines Grundholden vernichtet; vielmehr bleibt derjenige, welcher nicht aus der Leibeigenschaft entspringt und welchen der cod. civ. § 11. cap. Th. 4. Abfahrtsgeld oder Sterbhandlohn benennet, womit auch das Edict über die gutsherrlichen Rechte vom 28. Juli 1808 § 74. und die Beilage zur Constitution in diesem Betreffe § 10. übereinstimmt, indem nach denselben das Laudemium — worunter das Abfahrtsgeld, oder das Sterbehandlohn ebenfalls gehört — unbedingt zugelassen ist.

Hiernach ist es nicht hinlänglich, wenn, wie das Gericht erster Instanz ausgesprochen hat, die klagende Gutsherrschaft beweiset, daß das von ihr gefoderte Gefäll auf dem Gute hafte, weil dieses nicht widersprochen, und daraus keine Verbindlichkeit für den Verklagten resultirt, es noch ferner zu bezahlen, sobald es ein wirkliches Mortuarium wäre.

Vielmehr muß Klägerin die Eigenschaft desselben als Abfahrtsgeld oder Sterbehandlohn beweisen, wenn sie diese Abgabe noch ferner fodern will, und es ist daher derselben der Beweis, daß dieses gefoderte Hauptrecht ein wirkliches Sterbehandlohn sey, aufzuerlegen.

Mehr als dieses zu erweisen, und insbesondere wie vom Appellationsgerichte geschehen ist, daß es eine statt des ehemals auf dem Gute wirklich radicirt gewesenen Sterbhandlohnes hergebrachte Last sey, konnte ihr aber zu beweisen nicht auferlegt werden, da sie nicht behauptet hat, daß ein anderes Sterbhandlohn ehemals auf dem Gute gehaftet und das Hauptrecht, dieser substituirt, sondern nur, daß dieses Hauptrecht das eigentliche Sterbhandlohn sey.

Hiernach war daher das vorige Erkenntniß zu reformiren.

München, den 6. Sept. 1827.

60.

Hypothek.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in der Sache des würtembergischen Creditvereins gegen den ***, — Rentenfoderung, nun Klagszulassung betreffend, zu Recht:

daß die Klage angebrachtermassen nicht abzuweisen, sondern auf dieselbe vom kön. Appellationsgerichte rechtlicher Ordnung das Weitere zu verfügen sey.

Der § 51 u. 52. des Hypotheken-Gesetzes ist auch bei Rentenzahlungen anwendbar, wenn sich der Schuldner Vertrags gemäß diesem Verfahren unterwarf.

Der Conventionalproceß ist überall anwendbar.

Entscheidungs-Gründe.

Das kön. Appellationsgericht hat die Klage in rubricirter Sache de praes. 25. Jänner 1832, durch Decret v. 27. nämlichen Monats lediglich deßhalb angebrachtermassen zurückgewiesen, weil unter den eingeklagten Renten nicht blos Zinsen, sondern auch Capitalsraten begriffen seyen, in diesem Falle aber das Verfahren des § 52. des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 nicht statt finde. Richtig ist es nun zwar, daß das, im § 52. des Hypothekengesetzes gestattete Verfahren sich nur auf rückständige, nicht ältere als zweijährige Zinsen eines im Hypothekenbuche eingetragenen Capitals beschränkt, und daß solches Verfahren bei wirklicher Einklagung eines Hypotheken-Capitales, nicht angewendet werden kann.

Allein abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle die 52 Jahre hindurch zu zahlende jährliche Rente von 770 fl., womit dann das Capital selbst, sammt allen Zinsen getilgt ist, nur 5 1/2 vom Hundert des Capitals beträgt, und daß so mit diese Rente schon ihrer Größe nach mehr die Natur von Zinsen, als die eine Capitalsrente an sich hat, — kommt

es auf diesen letzteren Umstand, d. i. auf den Betrag der Rente gar nicht an, weil die Anwendbarkeit der im § 52. des Hypothekengesetzes gestattete Proceßart, an sich keinem gegründeten Zweifel unterliegt. Denn

1. wurde diese Proceßart unter den Contrahenten ausdrücklich, und in der Art verabredet, daß dem Creditverein in Absicht auf die Proceßart unbedingt die Wahl frei steht, und es waltet

2. kein gesetzliches Hinderniß ob, den § 52. richterlich in Anwendung zu bringen, wenn die Wahl des Creditvereins bei der Einklagung von nicht ältern als 2jährigen Rentenrückständen auf das im § 52. angeordnete Verfahren gefallen ist.

Zu 1. In der vom Creditverein abschriftlich vorgelegten Pfand- und Rentenverschreibung vom 7. Mai 1828 erklärt nämlich der Schuldner im Voraus, daß er, wenn er mit der Zahlung der jährlichen Rente säumig seyn würde, sich ohne alle Widerrede der Vorschriften der § 51 et 52. des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 (insbesondere) und (überhaupt) jeder in Folge liquider Foderungen nach den Gesetzen zuläßiger Executionsart, nach der Wahl des Creditvereins unbedingt unterwerfe; so, daß diese Execution stets auf erhobene Klage unaufhaltsam und ohne einer Einrede statt zu geben eintreten solle; und am Schluße verzichtet der Schuldner noch auf das Verfahren im ordentlichen Processe, indem er diese Rentenschuld als liquid anerkenne, nnd sich den summarischen Verfahren unterwerfe.

Hiedurch hat der Schuldner deutlich und bestimmt seine Zustimmung gegeben, daß der Creditverein im Falle eintretenden Saumfals in Bezahlung der Rente eine jede summarische Proceßart, ja sogar eine der beiden in § 51 et 52. des Hypothekengesetzes angewendeten Verfahrungsarten unbedingt und nach eigener Wahl solle in Antrag bringen dürfen, und damit hat er auch auf die etwa mögliche Einrede unrecht gewählter Proceßart verzichtet.

Der Umstand, daß auch der § 51. des Hypothekengesetzes, welcher von der dinglichen Klage auf das Hypothe-

kencapital ſelbſt handelt, — in Bezug genommen wurde, hindert den Creditverein nicht, von ſeinem Wahlrechte Gebrauch zu machen und das Verfahren des § 52. in Anſpruch zu nehmen.

Im Gegentheil können beide überdieß electiv und nicht cumulativ gewählte Proceßarten des § 51 und 52. hinſichtlich eines und des nämlichen Gegenſtandes (hier der Rente) gleichzeitig nie angewendet werden.

Das Bindewort „und“, welches in der fraglichen Stelle des Vertrags die § 51 et 52. des Hypothekengeſetzes in der Art in Verbindung zu ſetzen ſcheint, als wenn ſich der Creditverein die in beiden §§ angeordneten Verfahrungsarten nicht alternativ, ſondern copulativ vorbehalten habe, wird im gewöhnlichen Sprachgebrauche ſehr häufig im Sinne der Alternative verſtanden, und daß letztere hier gemeint ſey, kann, da noch ein zweites „und“ nachfolgt, und bei der dem Creditvereine in dieſer Stelle des Vertrages unmittelbar nachher geſtatteten Wahl nicht zweifelhaft ſeyn.

Eben wegen dieſer vorbehaltenen Wahl ſind daher auch durch den generelen Nachſatz: „und jeder in Folge liquiden Foderungen nach den Geſetzen zuläßiger Executionsart“ — die vorher ſpeciel angeführten Stellen des Hypothekengeſetzes electiver Anwendbarkeit um ſo weniger ausgeſchloſſen, als dieſe Stellen mehr die Proceßart, denn die Executions-Art zum Gegenſtande haben, und jene ſich zu dieſer, wie das Mittel zum Zwecke verhält.

Nach den Regeln der grammatikaliſchen Interpretation iſt kein Wort als überflüßig zu behandeln, ſondern ſo anzunehmen, daß es etwas wirke:

L. 12. ff. de rebus dubiis.

L. 67. ff. de reg. jur.

Der § 52. des Hypothekengeſetzes aber würde in der Stelle des fraglichen Vertrages ganz nutzlos daſtehen, wenn nicht die darin geſtattete Verfahrungsart auf Rentenrückſtände dürfte angewendet werden; denn der Fall einer Einklagung nur erſt verfallener oder nicht älterer als zweijähriger Zinſen, wie ſolchen der § 52. vorausſetzt, konnte hier nach der Natur des

Vertrages so wenig eintreten, als der der Einklagung von Capitals-Fristen, sondern nur der Fall der Renten-Beitreibung ist denkbar; nothwendig muß also auch die Anwendbarkeit dieses § auf Rentenrückstände beabsichtigt gewesen seyn. Auf der andern Seite steht aber auch der § 51. für sich und in selbstständiger Beziehung da, ohne als auf die Rentenrückstände anwendbar gedacht werden zu müssen, denn es sind in dem Vertrage einige Stellen vorgesehen, da, — auch innerhalb der vertragsmäßigen Dauer des Rechtsverhältnisses — das Capital selbst zurückgefodert werden kann, namentlich „wenn der Creditverein durch Zahlungssaumseligkeit veranlaßt würde, verfallene Renten ein oder mehrmals auf executivem Wege beizutreiben."

Unstreitig dürfte dann nicht der § 52., sondern der § 51. des Hypothekengesetzes müßte zur Anwendung kommen, wenn es sich von Beitreibung des Capitals handelte; der § 51. hat also schon seine Bestimmung, ohne auf Beitreibung von Rentenrückständen angewendet werden zu müssen.

Aus dem Gesammtinhalte des eigenthümlichen Vertrages ist übrigens deutlich zu entnehmen, daß, während dem Schuldner der bedeutende Vortheil allmähliger Befreiung von aller Capital- und Zinsenschuld zu Theil wird, auf der andern Seite dem Creditvereine in Ansehung der ihm zu entrichtenden Rente, (von deren sicheren Eingange sein eigener Credit und sein Fortbestehen nothwendig abhängen), die höchst mögliche Sicherheit und Schnelligkeit der Rechtshülfe gewährt werden sollte; und da es in der Eigenheit des Vertrages selbst liegt, daß sowohl für Capital, als Zinsen nur Renten entrichtet werden, auch eine Ausscheidung derselben kaum thunlich — wenigstens im Vertrage dafür nicht Vorsorge getroffen ist, so kann auch nach den Regeln logischer Interpretation nichts anders angenommen werden, als daß der § 52. hinsichtlich der Rentenbeitreibung angewendet werden dürfe, falls der Creditverein dessen Anwendung für nothwendig oder zweckmäßig erachten sollte ff. de reb. cred. et de act. emt. vend.

Zu 2. Dieser Befugniß des Creditvereins steht auch ein gesetzliches Hinderniß nicht entgegen:

denn obschon der Commentar zum Hypothekengesetze I. S. 422. mit Recht bemerkt, daß der § 52. des Hyopotheken-Gesetzes keine Anwendung finde, wenn mit dem Zinsrückstande auch die Zahlung des Capitals gefodert werde, so versteht sich doch solches nur von gewöhnlichen Hypothek-Capitalien, und kann nicht auf die im Hypothekengesetze unbehandelt gebliebenen Rechte auf Renten bezogen werden, welche von ganz anderer Natur sind; noch weniger ist durch das Hypothekengesetz in der hier fraglichen Beziehung die Autonomie der Contrahenten beschränkt.

Schon das gemeine Recht gestattet Conventionalprocesse. Danz Grundsf. des Gem. Ord. Proc. § 55. und auch nach dem Cod. civ. bav. p. 4. C. 1. § 15. und annot. 5.

darf über alles pactirt werden, was nur thunlich, möglich und nicht besonders ausgenommen ist. Dem öffentlichen Rechte kann zwar durch Privatverträge in der Regel nicht entgegengehandelt werden; doch sind ausnahmsweise Gegenstände, welche mehr den Vortheil des Privatmannes, als das öffentliche Interesse berühren, dem freien Willen der Paciscenten überlassen; die hier in Frage stehende Proceßart, von welcher der Vorschuß des Creditvereines schon bei Abschluß des Vertrages abhängig gemacht ward, hat aber dem Beklagten zu dem erwünschten Credit geholfen, somit seinen Nutzen bezweckt.

Auch dem Cod. jud. sind Conventianalprocesse nicht fremd: Man darf die Executivklausel beifügen, dem Executivprocesse sich unterwerfen, Compromisse, so wie jurisdictio prorogata werden anerkannt, der Appellation kann man sich im Voraus begeben,

Cod. jud. cap. 1. § 17. C. 15. § 10.
Not. ad cap. 17. § 2. not. 1.
Gönner Handb. II. 30.

und es ist im bürgerlichen, wie im Proceßrechte gestattet, einer jeden Einrede zu entsagen,

Cod. civ. p. 4. c. 15. § 10.
Cod. jud. c. 6. § 10. und annot. 6.

also würde auch der Einrede der unrecht gewählten Proceß-Art mit Wirkung selbst dann entsagt worden seyn, wenn eine unrechte Proceßart gewählt wäre.

Hienächst wird bei Anwendung des § 52. des Hypothekengesetzes kein wesentlicher Theil des Processes vernachläßiget, es wird nicht nur der ordentliche Richter, (welcher hier der Realrichter ist) angerufen, sondern auch der Verklagte gehört.

Cod. jud. cap. 16. § 2.;

denn er kann nach § 52. des Hypothekengesetzes innerhalb des achttägigen Termins jede Einrede vorbringen, wenn er sie nur so fort zu erweisen vermag, und selbst die unerwiesen gebliebenen, so wie überhaupt alle übrigen an sich etwa noch zuläßigen Einreden bleiben ihm nach geleisteter Zahlung zur besonderen Rechtsverfolgung vorbehalten, so wie es ihm auch nicht an Gelegenheit fehlt, wegen des in Gemäßheit dieser Rechtsverfügung als indebite bezahlt sich ergebenden Betrages bei künftigen Rentenzahlungen ein allgemeines Renten-retentions- oder Compensationsrecht geltend zu machen.

Der Anwendbarkeit des § 52. stehet ferner der Umstand nicht entgegen, daß Beklagter sich der nach den Gesetzen zuläßigen Executionsart unterworfen hat. Es ergibt sich dieses schon aus Ausführung zu 1, und ferner auch daraus, daß obgleich die im § 52. gestattete Verfahrungsart, wenn es sich von einem gewöhnlichen Hypothekenvertrage nach bayerischem Rechte handelt, auf zweijährige Zinsenrückstände beschränkt ist — sie bei der vertragsmäßigen Ausdehnung auf Renten doch immer eine gesetzliche Verfahrungsart bleibt. Ein anderes wäre es, wenn sie eine dem bayerischen Proceßrechte ganz fremde Verfahrungsweise wäre, denn nach fremden Gesetzen können bayerische Unterthanen in Bayern nie gerichtet werden; aber sie ist im Gegentheile eine — wie aus dem bleibenden Vorbehalte der Einrede sich ergibt — an sich schon dem gemeinen und bayerischen Mandatsprocesse

Cod. jud. cap. 5. § 7.

sich gleichstellende Verfahrungsart, und ist noch überdieß in dem bayer. Hypothekengesetze also in dem Gesetze über ein Rechtsinstitut, nämlich über das Hypothekenwesen enthalten, das, da

die Foderung des Creditvereins auf das Gut des Beklagten im Hypothekenbuche eingetragen ist, — zu den Rechtsverhältnissen der Theile in genauester Beziehung steht, und von welchem in Beziehung auf den gewöhnlichen Darlehens und Pfand-Vertrag nur in so ferne abgewichen wird, als durch eine 52jährige Zahlung einer Rente von 5 1/2 Procent Capital- und Zinsenschuld ohne weiters getilgt werden.

Dem Herrn Beklagten als einem Inländer, konnten und dürften auch die Bestimmungen des § 52. des Hypothekengesetzes, denen er sich unterwarf, mit den rechtlichen Folgen dieses Gesetzes, wenn es zur Anwendung kommen sollte, nicht unbekannt seyn, und eben so wenig war ihm der Betrag der Rente fremd geblieben, hinsichtlich welcher er sich der Verfahrungsart, wie bei Hypothekenzinsen unterworfen hat, ungeachtet — was jedoch hier nur in sehr geringem Maaß der Fall ist, die Renten zu dem landesüblichen Zinsen-Fuße in Mißverhältniß stehen.

Wenn nun bisher dargethan ist, daß der Creditverein vertragsmäßig die Befugniß hat, in Ansehung rückständiger Renten das im § 52. des Hypothekengesetzes vorgeschriebene Verfahren in Anspruch zu nehmen, daß ferner der Beklagte sich diesem Verfahren unterwerfen konnte und durfte, so ist auch in der weitern Erwägung, daß die am 25. Jän. d. J. eingeklagten Rentenrückstände pro 15. Febr. und 15. August 1831 nicht ältere als zweijährige Rückstände sind — kein rechtlicher Grund vorhanden, die Klage angebrachtermassen abzuweisen.

Es war viel mehr, wie geschehen, zu erkennen.

München, den 18. Mai 1832.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Ritter von Popp, Director.

61.

Scharwerk.

Erkenntniß.

Seine königliche Mjestät.

Frohnen — ob sie gegen den Willen des Gutsherrn abgelöst werden können?

Erkennen in Sachen des Ch. H. et Consorten zu K. gegen den erblichen Hrn. Reichsrath Grafen von X. zu Z. Frohnablösung betr. zu Recht:

daß die Klage wegen der entgegenstehenden Einrede: als könne eine Frohnablösung gegen den Willen des Frohnberechtigten nicht stattfinden, angebrachtermassen nicht abzuweisen sey, sondern dieselbe statt habe, und demnach von dem Richter erster Instanz über die bereits verhandelte Klage und weiteren zerstörlichen Einreden den Rechten nach zu erkennen sey.

Die Kosten der ersten Instanz bleiben suspendirt und die der zweiten werden compensirt.

Entscheidungs-Gründe.

Der § 7. Titl. IV. der Verfassungs-Urkunde sagt: Alle ungemessene Frohnen sollen in gemessene umgeändert werden, nnd auch diese ablösbar seyn.

Dieser § scheint seiner Stellung nach als ein unbeschränktes Promißiv-Gesetz, als ein allgemeines Mandat, welches der Gesetzgeber durchaus aufrecht erhalten wissen will. Hiemit steht in nächster Beziehung der § 8. Titl I. des Edicts über die gutsherrlichen Rechte, als 17. Beilage zur Verfassungs-Urkunde, welcher bestimmt:

„Die ungemessenen Scharwerke (Frohne) sollen durchgehends in gemessene oder bestimmte Dienste verwandelt werden, ohne daß auf diese Verwandlung ein Entschädigungsgesuch gegründet werden kann, und ohne die in der Verf.-Urk. unter § 7. Titl. IV. festgesetzte Ablösbarkeit aufzuheben.“

Durch die gesetzlichen Bestimmungen ist unverkennbar ausgesprochen, daß die Ablösung der Frohnen von den Frohnpflichtigen auch gegen den Willen des Berechtigten jederzeit in Anspruch genommen werden kann; denn

1. es liegt diese Ablösbarkeit schon in dem Wortsinne des Gesetzes selbst, welches dahin lautet, daß alle ungemessene Frohnen in gemessene umgeändert werden sollen, welcher Ausdruck offenbar dahin deutet, daß diese Umwandlung von der Einwilligung des Frohnberechtigten unabhängig seyn, und auch auf einseitiges Verlangen des Verpflichteten stattfinden soll. Was von dieser Umwandlung der ungemessenen Frohnen in gemessene gilt, muß nach dem Wortsinne des nämlichen § 7. auch von der Ablösbarkeit der gemessenen Frohnen gelten, weil der zweite Satz dieses § 7., welcher mit dem ersten Satze durch das Wort „und" verbunden ist, ebenfalls dahin verstanden werden muß, daß die Ablösbarkeit stattfinden soll, d. h. schon auf einseitiges Verlangen des Verpflichteten, und unabhängig von der Einwilligung des Berechtigten erfolgen müsse.

2. Diese Ablösbarkeit selbst gegen den Willen des Berechtigten ist auch dem Geiste unserer Gesetzgebung im allgemeinen vollkommen entsprechend. Die Verwandlung des eingeschränkten Eigenthums in ein neueingeschränktes, die Befreiung der Ackerbauenden Klasse der Staatsbürger von persönlichen, auf ihre eigenen Culturzwecke störend einwirkenden Diensten, und die Begründung gleichmäßiger bürgerlicher Rechte und Freiheit sind es, welche die Verfassungs-Urkunde und ihre Beilagen beabsichtigen.

3. Bei solchen legislativen Zwecken läßt sich schon an sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber mit den oben angeführten Gesetzen weiter nichts, als die Ablösbarkeit der Frohnen bei vorhandenem beiderseitigen Einverständnisse habe statuiren wollen; diese Befugniß versteht sich nach dem allgemeinen Rechtssatze pacta dant legem schon von selbst, und bedurfte daher nicht erst einer gesetzlichen Bestimmung.

Zur richtigen Interpretation des Gesetzes muß man daher weiter gehen, und den Sinn desselben dahin auffassen:

daß der die Ablösung Wünschende gegen den andern Widersprechenden die richterliche Entscheidung begehren dürfe.

4. Es steht auch dieser Auslegung des Begriffes von Ablösbarkeit der § 6. Titl. I. des Edictes über die gutsherrlichen Rechte, worin bestimmt ist:

„alle in grundherrlichen Verträgen constituirten, ständigen und nichtständigen Renten und Lasten sind nach dem Einverständnisse der Betheiligten ablösbar," keineswegs entgegen; denn bei einer aufmerksamen Würdigung der §§ 6, 7 u. 8. Titl I. des Edictes zeigt sich, daß der § 8., welcher von den Frohnen ausschließlich handelt, einen für sich bestehenden selbstständigen Satz bildet, nach welchen gerade im Gegensatze von dem, was der § 6 und 7. anordnet — die Ablösbarkeit der Frohnen unbedingt geboten ist, ohne sie von der oben im § 6 und 7. vorbehaltenen Einwilligung abhängig zu machen.

Der § 8. bezieht sich vielmehr ausdrücklich nur auf den § 7. Titl. IV. der Verfassungs-Urkunde, und auch dort ist der Ablösbarkeit eine solche Beschränkung nicht beigefügt. Die Richtigkeit dieser Interpretation des Gesetzes verhellet endlich

5. noch näher aus dem § 7. Titl I. des erwähnten Edictes, in welchem die Ablösbarkeit der Bodenzinse und des Zehentrechtes ebenfalls unter Beziehung auf den vorhergehenden § 6. von dem Einverständnisse der Betheiligten abhängig gemacht ist, während der § 8. eine solche Beziehung nicht enthält, folglich auch nicht die Beschränkung des § 6., welche der Gesetzgeber, wenn er solche beabsichtiget hätte, eben so nothwendig hätte aussprechen müssen, als es im § 7. geschehen ist.

Aus den vorgetragenen Gründen gehet zur Genüge hervor, daß den Klägern die Einrede des mangelnden Klagegrundes wegen der fehlenden gutsherrlichen Einwilligung nicht entgegen stehe; es konnte daher die Klage nicht wie in I^ma geschehen, angebrachtermassen abgewiesen, sondern dieselbe muß als begründet zugelassen, und so mit dem Richter I^mae die weitere rechtliche Entscheidung aufgetragen werden.

Der Ausspruch über den Kostenpunct gründet sich auf Cod. jud. c. 17. § 4.

München, am 21. October 1833.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Freyherr v. Welden, Präsident.

Fränkl, Secr.

62.

Scharwerk.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des J. W. Söldner in W. a. Freihl. v. S. in E. wegen Frohndiensten zu Recht

und bestättigen das Erkenntniß des Appellationsgerichts d. d. 17. October 1820 mit dem Vorbehalte jedoch des Rechts der geklagten Gutsherrschaft von dem Kläger angemessene Dienste gegen Taglohn fodern zu dürfen.

Wenn der Lohn mit den Leistungen im Ebenmaaße steht, so spricht die rechtliche Vermuthung nicht für Frohn- sond. für Lohndienste.

Gründe.

Die geklagte Gutsherrschaft hatte zu erweisen, daß der Kläger die angemessene Frohn zu leisten schuldig sey, indem sein und seiner Vorfahrer Lehensbrief de annis 1733, 1764 und 1804, woraus die Verhältnisse zwischen dem Lehenherrn und Lehenmanne, wie aus den Erbrechtsbriefen die Verhältnisse zwischen den Grundherrn und Grundholden zu entnehmen und abzuleiten sind, nur bestimmte 6 Frohntage, oder eines Geldbetrages von 30 kr. hiefür erwähnen.

Um jenen Beweis herzustellen, hat sich die Gutsherrschaft auf die Lehenbücher von 1658 und 1682, dann auf das

Scharwerksregister von 1694 und 1710, so wie auf die Aussage mehrerer Zeugen berufen.

Wenn nun schon den allegirten Lehenbüchern, obgleich sie nicht mit Zuziehung und Einstimmung der Interessenten errichtet wurden, so wie dem angezogenen Scharwerksregister die erfoderliche Beweiskraft um so weniger abgesprochen werden kann, als diesen Documenten nicht nur ein hohes Alter, sondern auch andere Behelfe zur Seite stehen, als wohin vorzüglich zu rechnen sind:

a) die Allgemeinheit, daß es nämlich mit allen zu dem Rittergute E. gehörigen Sölden, so und nicht anders, als wie es der Inhalt jener Documente ausweiset, gehalten wurde;

b) die in der Hauptsache übereinstimmenden Aussagen der vorgeschlagenen Zeugen, und

c) endlich selbst das Zugeständniß des Klägers, welches er in dem am 16. Aug. 1814 mit ihm abgeschlossenen Protocolle abgelegt hat; so gehet aber doch aus den angezogenen Urkunden in Verbindung mit den Zeugenaussagen nur so viel hervor, daß die geklagte Gutsherrschaft neben den in den Lehenbriefen enthaltenen bestimmten und unentgeltlichen Frohntagen noch angemessene Lohndienste zur Bestellung der Öconomie sowohl, als zum eigenen Bedarf, von dem Kläger zu fodern das Recht hat. Die Worte in den angezogenen Lehenbüchern pag. 47 et 59. „die Söldner zu E. zum Gute E. gehörig, sind der Herrschaft jederzeit ums Taglohn zu arbeiten schuldig," lassen darüber keinen Zweifel übrig; und da es dem Kläger wohl unbequem und lästig seyn konnte, von W. nach E. in den Taglohn zu gehen, und somit vielleicht auch die Bestellnng seiner eigenen Öconomie zu vernachläßigen, so ist wohl erklärbar, daß er bemüht war, sich bei den herrschaftlichen Öconomie-Pächtern von der ihm obliegenden Verbindlichkeit loszukaufen, was auch nur von den vernommenen Zeugen bestättigt worden ist, und welche Tendenz auch das oben allegirte Geständniß des Klägers zu erkennen gibt.

Es können zwar auch für Frohndienste, obwohl sie in der Regel unentgeltlich verrichtet werden sollen, hie und da, je nachdem es der alte Gebrauch mit sich bringt, Speis und

Brod oder Geld gereicht werden; allein wenn, wie es hier der Fall ist, der ausgesprochene Lohn mit der Dienstesverrichtung wenigstens nach dem Verhältnisse der Zeit, wo er regulirt wurde, in Ebenmaß stehen dürfte, und die ausdrückliche Benennung eines Taglohnes trägt, dann spricht sich die rechtliche Vermuthung nicht für Frohn-, sondern lediglich für Lohndienste wohl von selbst aus, und es kommt hiebei auch der Grundsatz in Anwendung, daß Ausnahmen von der allgemeinen Regel der strengsten Auslegung unterliegen.

Die geklagte Gutsherrschaft hat demnach den ihr auferlegten Beweis der ungemessenen Frohn gegen den Kläger nicht, wohl aber das Recht erwiesen: angemessene Dienste von ihm gegen Taglohn fodern zu dürfen.

Ob dieser Taglohn indessen nach dem in den Lehenbüchern enthaltenen Regulativ fortzubezahlen, oder den jetzigen Zeitverhältnissen angemessener zu machen, und mit diesen in ein besseres Ebenmaß zu setzen sey, bleibt immer besonderer Übereinkunft oder Verhandlung überlassen.

München, den 13. Juli 1821.

63.

Legat-Vermächtniß.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Ausschußes der Nürnbergischen Patricier Familien, des Magisttrats zu Nürnberg, und der Korporation des vormaligen fränkischen Rittercantons gegen die Intestaterben der Freifrau Erdmuthe von H., wegen Herausgabe eines Legats zu Recht:

Die Beklagten seyen schuldig, das in dem Testamente der Freifrau Erdmuthe von H. vom 6. April 1827 unter Nro I. lit. c und d. zu einer adelichen Fräulein-Stif-

tung ausgesetzte Legat in Erfüllung zu bringen, und diesemnach die Dominical-Renten von dem halben Hofe zu H. mit den, seit dem Todestage der Erblasserin, den 9. December 1827 bezogenen Nutzungen, dann die Summe von siebenzehn Tausend Gulden, von den bei der königl. Staatsschuldentilgungs-Specialcasse zu Nürnberg anliegenden vormals Reichsstadt Nürnbergischen Capitalien sammt den seit jenem Todestage hievon verfallenen Zinsen, den Klägern auszuhändigen.

Die Kosten aller Instanzen werden compensirt, die Beklagten aber in sechs Thaler Succumbenzgeld verurtheilt.

Entscheidungs-Gründe.

Bei frommen Stiftungen ist kein and. Nachweis erfoderlich, als der über die Gewißheit des Willens des Erblassers.

In den Entscheidungsgründen zu dem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 1. October 1829 ist es hinreichend ausgeführt, daß auch in Nürnberg zur Gültigkeit einer nach gemeinem Rechte errichteten letztwilligen Verordnung, in so weit dieselbe eine Verfügung ad pias causas betrifft, keine andere Solemnität als die Gewißheit des Willens des Erblassers erfodert werde.

Wer das im Testamente der Freifrau E. von H. vom 6. April 1827 unter Nro. 1. lit. c und d. ausgesetzte Legat erhalten soll, ist klar festgesetzt.

Es soll nämlich zu einer Stiftung für 4 adeliche Fräulein, die aus dem ehemaligen Nürnbergischen Patriciate und der vormaligen Reichsritterschaft Cantons Gebürg durch das Loos ausgewählt werden sollen, also für eine Corporation von vier adelichen Fräulein bestimmt seyn, und weil es einer Stiftung gehören sollte, gehet aus dem Begriffe dieses Wortes hervor, daß die Glieder dieses Fräuleins-Stiftes nur die Nutzungen von der, dieser Stiftung legirten Substanz erhalten sollten.

Die Wesenheit dieser Stiftung war also hiedurch festgesetzt, indem es genau ausgesprochen ist, wie viel Individuen, und welche daran Antheil nehmen sollen.

Die von der Erblasserin sich vorbehaltenen weiteren Anordnungen über die Vertheilung und Einrichtung dieser adelichen Fräulein-Stiftung betrafen nur gewisse Bedingungen, welche die Erblasserin noch über die Art, wie das Vermögen dieser Fräulein-Stiftung verwaltet, vertheilt, und überhaupt dieses Institut eingerichtet werden sollte, noch bestimmen wollte, die aber zur Wesenheit der Stiftung nicht gehören, sondern nur Zufälligkeiten derselben betreffen, weil es eine solche Stiftung bleibt, ob das Vermögen derselben durch einen eigenen Stiftungspfleger, oder durch die Behörden, welcher die Verwaltung der Stiftungen überhaupt zusteht, verwaltet werde, ob die vier Fräulein gleiche oder ungleiche Theile von den Nutzungen des Stiftungsvermögens zu beziehen haben, und wie das Institut eingerichtet werde, ob die Mitglieder desselben miteinander vereiniget, oder gesondert leben, ob sie besondere Obliegenheiten erfüllen sollen, u. d. gl. Wenn ein Erblasser einem Testamente etwas noch beifügen wollte, was zur Wesenheit einer solchen Bestimmung nicht gehört, und wenn er es auch nachher nicht beigefügt hat, so macht diese Unterlassung das Testament nicht unvollkommen, und die hierin getroffene Verfügung nicht ungültig.

Die Rechtsbeständigkeit eines Legates wird nicht dadurch gehindert, daß keine Bestimmung vorliegt, wie z. B. das Legat unter Mehrere vertheilt werd. soll, oder daß das Testament — wie geschehen sollte — nicht bei Gericht hinterlegt wurde.

L. 8. Cod. de institutionibus et substit.

Was von der Erbeinsetzung gilt, gilt auch von der Bestellung der Legate.

Nur dann würde diese Bestimmung der Erblasserin ungültig seyn, wenn es offenbar wäre, daß die Erblasserin, das für das Freileinstift bestimmte Legat, ohne dem, was sie über dessen Verwaltung, Vertheilung und Errichtung des Stiftes noch zu verfügen sich vorbehalten hat, nicht habe gelten lassen wollen.

L. 9. § 5. ff. de haeredibus in Actuendis.

Diese Bedingung ist aber von der Erblasserin nicht ausgesprochen, und geht auch sonst aus ihrer Verfügung nicht klar hervor.

Aus dem Grunde, weil die Erblasserin ihre weitere Anordnung über die Verwaltung, Vertheilung und Einrichtung dieser adelichen Fräuleinstiftung nicht zurückgelassen hat, kann daher diese Legatsbestimmung nicht als nichtig erklärt werden.

Eben so wenig kann diese letztwillige Anordnung der Frau von H. darum für unvollendet und unvollkommen angesehen werden, weil aus den Schlußworten derselben die Absicht der Erblasserin ein dem Gerichte übergebenes Testament errichten zu wollen, hervorgehen soll, indem die Übergabe desselben bei dem kön. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg nicht erfolgt ist.

Denn daß die Erblasserin nur auf diese Art allein habe testiren wollen, ist keineswegs über allen Zweifel erhaben; im Gegentheil geht aus ihrer Erklärung, daß wenn an diesem letzten Willen irgend etwas mangeln sollte, derselbe wenigstens als Codicil gelten soll, ihrer Absicht, denselben auf jede Art aufrecht erhalten wissen zu wollen, unzweideutig hervor. Gemäß dem in L. 3. ff. de testamento militis aufgestellten Grundsatze, daß nicht anzunehmen sey, daß Jemand eine besondere Art zu testiren gewählt habe, um seinen letzten Willen einer Anfechtung auszusetzen, sondern daß er vielmehr auf jede gültige Art habe testiren wollen, und nach dem weiteren Grundsatze, daß für die Gültigkeit eines jeden letzten Willens eher die Vermuthung streitet, und derselbe auf jede Art so lange es im Einklange mit den bestehenden Gesetzen geschehen kann, aufrecht erhalten werden soll, ist daher ein letzter Wille im Zweifel eher für perfect als imperfect zu halten.

Ein letzter Wille ist eher für giltig als ungiltig zu erachten.

Hiernach schadet es auch der Bestimmung dieses Legates nicht, daß der fragliche letzte Wille nicht bei dem Kreis- und Stadtgerichte Nürnberg übergeben wurde, weil diese letztwillige Verfügung, in so ferne sie Legate ad pias causas betrifft, auch ohne diese gerichtliche Hinterlegung derselben gültig ist.

In Const. cod. de incretis personis, von welcher in § 25. Inst. de Legatis Meldung

Ein Vermächtniß an ungewiße

geschieht, hat Justinian die Bestimmungen des ältern römischen Rechts, gemäß welchen Legate ungewissen Personen nicht hinterlassen werden konnten, abgeändert und erklärt, daß jenes, was einem erlaubten Collegium oder Körperschaft in einem letzten Willen hinterlassen wird, gelte, und verordnet, daß ein solches Vermächtniß, wenn der Testator nichts anderes festgesetzt hat, nach den Köpfen unter die Glieder einer solchen Körperschaft zu gleichen Theilen vertheilt werden soll.

Personen, sofern sie eine Corporation ausmachen, ist giltig.

Die adeliche Fräuleinstiftung, welcher die Freifrau von H. das erwähnte Legat ausgesetzt hat, kann also nicht als ungewisse Person angesehen werden, da die vier adelichen Fräulein, welche diese Körperschaft bilden, und wovon zwei aus dem ehemaligen Nürnbergischen Patriciate und zwei aus der vormaligen Reichsritterschaft des Cantons Gebürg, jedesmal durch das Loos gewählt werden sollen, als eine unerlaubte Körperschaft nicht angesehen werden können, weil es aus der letztwilligen Anordnung der Erblasserin keineswegs hervor geht, daß diese Fräuleinstiftung zu einem unerlaubten Zwecke von der Erblasserin angeordnet worden sey, und also ein unerlaubter Zweck auch nicht vermuthet werden darf.

Wenn daher auch der Zweck dieser Stiftung in dem letzten Willen der Erblasserin mit Bestimmtheit nicht angegeben ist, so wird darum das Legat nach I. Cod. de incertis personis nicht ungültig.

Der Zweck des Legates braucht nicht angegeben zu werden.

Übrigens ergibt sich nicht nur aus den Worten: Fräuleinstiftung, sondern aus mehrern diese Stiftung betreffenden Bestimmungen des letzten Willens der Erblasserin, daß es ihre Absicht war, daß diese Stiftung für vier adeliche Fräulein fortdauernd seyn sollte.

Das Legat war also nicht einzelnen ungewissen Personen, sondern einer Körperschaft ausgesetzt, deren Mitglieder, die zum Genusse der Stiftung kommen sollten, aus bestimmten Adelsgeschlechtern jedesmal durch das Loos bezeichnet werden sollten.

Die Fräuleinstiftung ist aber als eine Causa pia anzusehen. Als ein Legatum ad pias Causas ist nämlich jedes Vermächtniß zu betrachten, welches entweder zu einem religiösen, oder mildthätigen, oder gemeinnützigen Zwecke bestimmt ist.

Die Erblasserin, welcher die Verhältnisse der adelichen Fräulein des ehemaligen Nürnbergischen Patriciats und der vormaligen Reichsritterschaft Cantons Gebürg wohl bekannt waren, hat alle diese Fräulein, sie seyen reich oder arm zu der für dieselben angeordneten Stiftung berufen und bestimmt, daß jedesmal vier von denselben durch das Loos ausgewählt werden sollen.

Alle haben also hierauf gleichen Anspruch, weil der letzte Wille der Erblasserin keinen vor der andern einen Vorzug gibt, sondern unter allen lediglich durch das Loos entscheiden läßt, welche zum Genusse der Stiftung gelangen soll.

In so ferne die armen Fräulein des ehemaligen Nürnbergischen Patriciats und des erwähnten Rittercantons auf diese Stiftung mit den übrigen allenfalls vermöglichen Fräuleins dieser Abstammung gleichen Anspruch haben, erscheint diese Stiftung als ein mildthätiges, und weil die Rechte dieser Fräulein gleich sind, für diese Standesklasse als ein gemeinnütziches Institut.

Die Erblasserin wollte durch diese Anordnung überhaupt dem Adel von dem Nürnbergischen Patriciate, und von dem Ritercanton Gebürg eine Wohlthat, und in so ferne ein armes Fräulein durch das Loos zum Genuße gelangte, eine Unterstützung zuwenden.

Eine mildthätige Absicht läßt sich daher bei Anordnung dieser Stiftung nm so weniger verkennen, als überhaupt der Sinn ihrer Mildthätigkeit aus den in ihrem letzten Willen angeordneten Legaten klar hervorgehet, und sie diese Stiftung mit andern Legaten ad pias Causas in Verbindung gesetzt hat.

Die Beklagten mußten daher auch zur Entrichtung dieses Legats verurtheilt werden.

Da die Verbindlichkeit der jährlichen Brodaustheilung an 60 Arme nach der letztwilligen Disposition der Erblasserin auf dem Vermögen der adelichen Fräuleinstiftung ruhet, so kann, nachdem diese Fräuleinstifung zu Recht bestehet, keine Frage mehr davon seyn, ob die Beklagten diese Stiftung der Brodaustheilung zu erfüllen schuldig seyen. Übrigens wäre diese Verbindlichkeit der Beklagten durch die appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe vollkommen gerechtfertiget.

Die Kosten aller Instanzen mußten auf den Grund der Gerichtsordnung cap. 17. § 4. Nr. 3. verglichen werden.

München, den 12. März 1831.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Ritter, Director.

64.

Legat.

Erkenntniß.

Seine königl. Majestät

Erkennen in Sachen B. B. und deren Mutter K. zu B. wider P. Sch. daselbst, wegen gefoderten Lohns für Wart und Pflege zu Recht: und belassen es bei dem Erkenntnisse des kön. Kreis- und Stadtgerichtes B. d. d. 18. April et publ. 4. Mai 1820.

Ein Vermächtniß kann an einer Foderung des Legates nicht abgerechnet werden, ausgenoñen der Erblasser bestimt es selbst so.

Gründe.

Die B. B. und ihre Geschwister erhielten aus dem Nachlasse ihrer Tante, jede ein Legat von 150 fl.; B. B. verlangt aber außerdem für Wart und Pflege, welche sie ihrer

Tante geleistet habe, Bezahlung, und stützt diese Foderung darauf, weil dieselbe sie um diese Wart und Pflege unter dem Versprechen ersucht habe, daß sie Miterbin von ihr werden soll, und hiedurch entschädiget werden würde.

Da der Testamentserbe, resp. der Käufer des ganzen Nachlasses sich weigerte, ihr Zahlung zu leisten, so trat sie mit Beistand ihrer Mutter klagend auf. Die Beklagten stellten die ganze Foderung in Abrede, behaupteten aber zugleich, daß Klägerin sich das erhaltene Legat auf jeden Fall an der Foderung abrechnen lassen müsse; letzteres widersprach Klägerin. Das Stadtgericht hat auch auf diese Abrechnung nicht erkannt. Das Appellationsgericht hat aber ausgesprochen, daß das Legat allerdings abzurechnen sey.

Hiegegen beschwert sich Klägerin, und diese Beschwerde ist auch gegründet; denn obwohl es scheinen möchte, daß, da Klägerin mit der Klage causa data, causa non secuta Vergütung für die geleisteten Dienste fodert, sie sich dasjenige, was sie wirklich vermöge des Testaments von der Erblasserin erhalten hat, auf die Foderung anrechnen lassen müsse, so kömmt doch zu erwägen:

1. daß das Versprechen, gegen welches die Dienste geleistet wurden, auf Ernennung zur Miterbin ging, und daher die Benennung, als Legatarin nicht als Erfüllung desselben angesehen werden kann;

2. daß nach l. 6. § 3. D. de condit. et demonstr. dann l. 85. D. de legatis ein Vermächtniß auf eine Foderung des legatarii nie angerechnet werden kann, wenn der Erblasser dieses nicht ausdrücklich bestimmt hat;

3. daß schon bei den zwischen der Erblasserin und der Klägerin bestehenden verwandtschaftlichen Verhältnissen zu vermuthen ist, daß erstere die Anrechnung des Legats auf die der Klägerin für die geleisteten Dienste gebührende Vergütung nicht gewollt habe;

4. daß dieses auch besonders daraus erhellet, daß sie auch den Geschwistern der Klägerin ein gleich großes Legat gab ungeachtet diese ihr die Wart und Pflege nicht geleistet hätten, und

5. endlich, daß Klägerin der Erblasserin noch lange nach Errichtung des Testamentes die besagten Dienste geleistet hat.

Aus diesen Gründen ꝛc.

München, den 21. April 1821.

65.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des vormalig fürstlich kemptischen Ochsenfutterers M. T. wider den königl. Fiscus wegen Gehaltsvergütung zu Recht:

daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen und die Kosten beider Instanzen zu compensiren seyen.

Diener, welche gemeine körperliche Arbeiten verrichten, können nicht zu den wirklichen Staatsdienern gezählt werden; dieselben haben daher nur im Falle eines Vertrages ein Recht auf den Fortbezug ihres Gehaltes.

Entscheidungs-Gründe.

Der Kläger war Ochsenfutterer auf einem fürstlich kemptischen Öconomie-Gute, und da er von der kön. Regierung seines Dienstes entlassen ist, so fodert er die Fortbezahlung seines Dienstlohnes, und der genossenen Emolumente. Diese Foderung ist aber ganz und gar ungegründet; denn

nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann ein Diener nur dann verlangen, daß ihm sein Diensteinkommen bei der Entlassung nicht entzogen werde,

a) wenn er wirklicher Staatsdiener ist. Diese Eigenschaft haben aber nur solche Diener, deren Dienste nicht blos körperliche und gemeine Arbeiten, und auch lediglich dem Staate und nicht auch Privaten geleistet zu werden pflegen, so daß der Diener nach seiner Entlassung seinen Nahrungsstand verliert, daß er gleiche oder ähnliche Dienste nicht finden kann.

Unter diese Classe von Dienern gehört ein Ochsenknecht offenbar nicht, da derselbe sich zu seinem Dienste weder Kenntnisse zu verschaffen braucht, welche nur der Staatsdienst erfodert, noch seine Dienste ein Staatsgewerb, sondern lediglich ein bürgerliches Gewerbe betreffen.

b) Alle übrigen Diener, die nicht Staatsdiener sind, können eine Fortbezahlung des Diensteinkommens nach der Entlassung nur dann verlangen, wenn sie sich dieses pactirt haben.

Dieses hat Kläger gar nicht behauptet; in replicis führt er zwar, obwohl verspätet an, daß er bei seiner Anstellung in Eid und Pflicht genommen, daß er einen befreiten Gerichtsstand gehabt, und zu seiner Verehelichung den Consens der Hofkammer nöthig gehabt, so wie sein Dienst lebenslänglich gewesen, und man ihm denselben nur wegen Vergehens habe entziehen können, auch ihn bei eingetretener Unfähigkeit habe pensioniren müßen. Allein die Perpetuität des Dienstes, welche Kläger dadurch behauptet, daß er anführt, er habe nicht entlassen werden können, und pensionirt werden müssen, existirt für Dienste, wie der seinige war, ohne besondern Vertrag nicht, und daß Kläger in Eid und Pflichten gestanden, hat nur auf seine Diensttreue, nicht auf seine Inamovilität Bezug, so wie er den befreiten Gerichtsstand, und daß die Herrschaft in seine Verehelichung einwilligen mußte, mit andern Privatdienern gemein hat.

c) Klager hat aber seine Klage ganz besonders auf den § 59. des Reichsdeputations-Recesses vom 25. Febr. 1803 gegründet; allein dieser spricht seiner Intention durchaus nicht das Wort; denn

a) schon im Allgemeinen läßt sich gar nicht annehmen, daß die deutschen Fürsten mit den geistlichen Staaten andere als wirkliche Staatskosten übernehmen wollten, wo nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen war. Wenn sie daher im § 59. von Dienern sprechen, so können hierunter nur Staatsdiener verstanden seyn. Man möchte einwenden, daß die Übernahme dieser sich schon von selbsten verstanden, daher jene Stipulation sich auf alle Diener bezogen haben

mußte. Dieses ist aber keineswegs der Fall, da die Stabilität der Staatsdiener bei den Reichsgerichten streitig war.

b) Die Berathungen der Reichsdeputation über den § 59. des Recesses beweisen, daß nur von Staatsdienern die Rede war; denn in der ersten Proposition hierüber heißt es, daß für den Unterhalt, der in den geistlichen Landen ihre constitutionele Existenz gehabten Personen zu sorgen sey.

Eine constitutionele und verfassungsmäßige Existenz kann nun nichts anders seyn, als eine durch die Reichsverfassung gebotene Existenz, oder eine Folge, vermöge deren der Diener Arbeiten verrichtet, die den Staat, als solchen betreffen, und nicht Arbeiten gemeiner Dienstboten sind.

Alle Deputirten des Reichs sprachen daher bei den Berathungen nur von Chargen und Ämtern, und der Deputirte Bayerns ausdrücklich nur von Staatsdienern,

c) und wenn er daher auch von der Dienerschaft im allgemeinen spräche, so konnte daraus nach den obigen generellen Grundsätzen und den Berathungen immer nur die Staatsdienerschaft verstanden werden; über dem

d) spricht der § 59. ausdrücklich nur von der hofgeistlichen und weltlichen Dienerschaft, daher zu den zum Hofstaat, dann zu den geistlichen und Civil-Etat des Landes gehörigen Dienern; und zu keiner dieser Branchen gehört ein, auf einem Ökonomiegut gebrauchter Ochsenfutterer, da selbst ein Privatmann, der von seiner Dienerschaft spricht, ihn nicht darunter verstehen würde.

Das Gesetz will ferner die Versorgung derjenigen Diener den Fürsten nicht überbürdet wissen, welche der abtretende geistliche Fürst zu seinem persönlichen Dienste behält, und das Gesetz paßt daher auch in Hinblick auf diese Bestimmung nicht auf den Kläger als Ochsenfutterrer.

Eben so erklärt er, daß die Dienerschaft ihren Rang behalten soll, was wieder auf einen Ochsenfutterer nicht bezogen werden kann.

Wollte man annehmen, daß der neue Regent nach dem § 59. alle Diener ohne Unterschied übernehmen mußte, so würde derselbe mehr Verbindlichkeiten erhalten, als der ab-

gehende Regent hatte, was dem Grundsatze, daß der Nachfolger nicht mehr Recht und Verbindlichkeit erhält, als sein Vorfahrer hatte, geradezu widerstreben, und dem Regenten des Staats Verbindlichkeiten auflegen würde, welche der geringste seiner Bürger gar nicht hat.

2. Gründet Kläger endlich seinen Anspruch noch darauf, daß ihm der Fiscus auch nach der Entlassung noch einen Theil seines Einkommens belassen habe; allein daraus folgt keine Verbindlichkeit, ihm seinen Lohn lebenslänglich fortzubezahlen, da dieß nur eine willkührliche Generosität war, die Fiscus zu jeder Zeit widerrufen konnte. Da diesemnach die Klage überall als unbegründet erscheint, so mußte Kläger mit derselben abgewiesen werden, was zur Folge hat, daß da das vorige Erkenntniß reformirt wurde, die Kosten beider Instanzen zu compensiren sind.

München, den 28. November 1823.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Arco.

66.

Possessorium plenarium et momentaneum.

Seine königliche Majestät.

Ersteres hat blos dann nicht statt, wenn es sich um den Besitz von Servituten handelt, bei jedem andern ia Anspruch genommenen Rechte ist es ab. zulässig.

Erkennen in Sachen des Hrn. Reichsrath Grafen von D. a. Freiherrn von J., Koppeljagd betr., zu Recht:

und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appelationsgerichts für den *** Kreis v. 5. Juni 1821 so weit dagegen appellirt worden ist, unter Verurtheilung des Appelanten in 6 Thlr. Succumbenzgeld.

Gründe.

Nach dem Frhl. v. J. durch das Mandat vom 8. April 1807 im Besitze der angesprochenen Koppeljagd geschützt, und Hr. Graf von D. mit seinem Gesuche um Aufhebung dieses unbedingten Mandats v. 24. Dec. 1810 abgewiesen worden war, so trat dieser am 14. Aug. 1809 mit einer Klage in possessorio ordinario auf, und verband hiemit eventuel die Negatorienklage.

Der Beklagte bestritt dagegen die Zulässigkeit der possessorischen Klage aus dem Grunde, weil

1) bereits durch das unbedingte Mandat vom 8. April 1807 über den ordentlichen Besitzstand zu seinen Gunsten entschieden worden sey, und weil

2. der vorliegende Streit eine Grunddienstbarkeit betreffe, bei welcher nach der Bestimmung der G. O. cap. 3. § 4. Nr. 2. das possessorium plenarium nicht statt finde.

Ad 1. Frhl. v. J. hatte zwar in seiner Klage v. 3. Jän. 1807 neben dem jüngsten Besitz auch einen ältern von 10, 20 u. 30 Jahren zu bescheinigen gesucht; das hierauf erfolgte Mandat enthält aber nur die allgemeine Bestimmung, daß der Impetrat den Impetranten im Besitz der fraglichen Koppeljagd nicht ferner zu stören, und die ihm spoliative abgenommenen Jagdgeräthe zu restituiren habe.

Nach cod. jud. cap. 3. § 5. Nr. 15. stehet die rechtliche Vermuthung nur dann für das Ordinarium, wenn sich aus den Acten nicht genugsam abnehmen läßt, ob in possessorio plenario vel momentaneo erkannt worden sey.

In dem gegebenen Falle zeigen aber die einschlägigen Acten offenbar, daß über den ordentlichen Besitzstand nicht erkannt worden sey; denn der Zweck des nachgesuchten und erlassenen Mandats konnte nach den Gesetzen kein anderer seyn, als die Abstellung des begangenen Spoliums und die Verhütung weiterer Gewaltthätigkeiten.

Zur Begründung dieses Rechtsmittels war nur die Bescheinigung der gewaltsamen Störung und des jüngsten factischen Besitzes nothwendig; nur hierauf konnte sich die richterliche Beurtheilung erstrecken.

Bei dem Processe über den ordentlichen Besitzstand reichen blosse Bescheinigungen nicht hin, und es muß zugleich auf die Beschaffenheit desselben Rücksicht genommen werden.

Cod. jud. cap. 3. § 4.

Die Erörterung hierüber eignet sich nicht zum unbedingten Mandatsproceß, Cod. jud. cap. 5. § 7. und Hr. Graf von D. wurde hiemit durch die Decrete v. 1. Juli 1807 und 24. Dec. 1820 ausdrücklich zum gesonderten Verfahren verwiesen.

Es kann daher von einer rechtskräftigen Entscheidung über den ordentlichen Besitzstand die Rede nicht seyn.

Ad 2. Die G.-Ord. behielt die Bestimmung cap. 3. § 4. Nr. 2. des bayerischen Landrechts von 1616 tit. 26. art. 7. bei, gemäß welcher bei Streitigkeiten über Grunddienstbarkeiten das possessorium ordinarium nicht zugelassen wird, sondern der Kläger das Inhaben der Servitut von so vielen Jahren beweisen muß, als zur Verjährung derselben nothwendig ist.

Allein, wenn man annehmen will, daß die strittige Koppeljagd zu jenen Grunddienstbarkeiten gehöre, von welchen die erwähnten Gesetze sprechen, so ist doch die Klage des Hrn. Gr. D. nicht auf den Besitz einer Servitut gerichtet, sondern derselbe nimmt das ausschließende Jagdrecht, auf den Grund der ihm zustehenden Eigenthums- und gutsherrlichen Rechte in Anspruch, und behauptet, daß er sich im ordentlichen Besitze der natürlichen Freiheit seines Eigenthumes befinde.

Frhl. von J. konnte nicht behaupten, daß die streitigen Jagddistricte sein Eigenthum seyen, oder mit Z. im gutsherrlichen Verbande stehen.

Es hat daher die vorliegende Klage in Bezug auf den Beklagten durchaus kein Realrecht auf fremdes Eigenthum zum Gegenstande. Da nun die erwähnten Gesetze des possessorium ordinarium nur dann nicht zulassen, wenn auf das Inhaben einer Servitut geklagt wird, so finden sie hier um so weniger Anwendung, als die angeführten gesetzlichen Bestimmungen eine Abweichung von dem gemeinen Rechte

enthalten, und auf andere, als die genannten Fälle nicht ausgedehnt werden können.

Über die Frage, wer in possessorio zu beweisen habe, oder was zu beweisen sey, wurde keine Beschwerde angebracht, es mußte daher das vorige Erkenntniß lediglich bestättigt werden.

München, den 27. März 1822.

67.

Staats-Diener.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Officiere gehören nicht zu den Staatsdienern, können auf die Vortheile der Dienstes-Pragmatik keinen Anspruch machen — und eben so wenig kan ein früherer Militärdienst in d. Jahre eines Civildienstes eingerechnet werden.

Erkennen in Sachen des quiescirten Postmeisters, K. von G. zu M. gegen den königl. Fiscus, Pensionserhöhung betr. zu Recht, daß der kön. Fiscus von der gegen ihn angestellten Klage zu entbinden sey.

Entscheidungs-Gründe.

2c. 2c. 2c.

§ 2.

Unterliegt es zwar nicht dem leisesten Zweifel, daß der Officier als Staatsdiener in der allgemeinsten Bedeutung des Wortes — betrachtet werden müße, da derselbe Kraft eines Decretes und in Folge einer legalen Berufung gegen den Bezug eines fixen Gehaltes seine Kräfte dem Staate widmet; so kann doch der Officier den eigentlichen Staatsdiener, welche auf die Vortheile der Dienstpragmatik rechtlichen Anspruch haben, auf keine Weise beigezählt werden.

§ 3.

A. In ganz eigenen Verordnungen und Reglements (vom 24. Juli 1803, vom 9. October 1804. ꝛc.) ꝛc. ist für das Militär, in Beziehung auf ihre Pensionsverhältnisse Vorsorge getroffen. Insbesondere ist — in Erwägung der bedeutenden Beiträge, welche die Officiere zu leisten haben, für die Hinterlassenen derselben auf eine viel freigebigere Weise Vorsehung gethan, als für die hinterlassenen der Civil-Staatsdiener. — Kann die Civilpensionspragmatik nicht zum Nachtheile der Militären auf sie angewendet werden, so ist schon dadurch die Unanwendbarkeit dieser Pragmatik auf die Militäre zu ihrem Vortheile dargethan.

Würde je ein Officier oder seine Relicten bei der Civil-Staatspensionscassa die Pension nachsuchen, — ohne Zweifel würde die Einrede der mangelnden Sachlegitimation resp. der unrecht gewählten Zahlungsbehörde als begründet sich darstellen.

§ 4.

B. Aus dem Inhalte, aus dem Zusammenhange, und aus dem Geiste der Pragmatik vom 1. Jän. 1805 geht mit großer Bestimmtheit hervor, daß sie nur für die Civilstaatsdiener nicht für die Militäre gegeben sey.

Es ist offenbar, daß weder

1. dasjenige, was in Nro. 1. jener Pragmatik von Erfüllung der Qualifications-Bedingungen, d. h. von dem Bestehen einer, dem Eintritte in den Staatsdienst vorhergehenden Prüfung, und von der Vorlegung der bei dieser erlangten Qualificationsnote vorkommt, noch

2. die Ausscheidung des Standes- und Dienstgehaltes, wie sie in Nro. 2 — 7. bestimmt wird,

3. noch der in Nro. 8 — 10. enthaltene Ausspruch der unverletzlichen Natur der Perpetuität des einmal verliehenen Dienerstandes und Standesgehaltes,

4. noch die Bestimmungen über Entlassung Nro. 12., Translocation Nro. 15., Umzugsgebühren Nro. 13. 14., Quiescirung Nro. 17., auf die Officiere passen.

5. Nach der allerhöchsten Verordnung vom 8. Juni 1807, welche ein Supplement zu der Pragmatik vom 1. Jän. 1805 bildet, leisten die Staatsdiener Beiträge zum Wittwen- und Waisenfonde ihrer Hinterlassenen.

Die Militären haben zu diesem Fonde keine Beiträge zu leisten, sie können daher auch auf die Vortheile der Pensionspragmatik keinen Anspruch machen.

§ 5.

C. Die Verfassungsurkunde vom 1. Mai 1808 lit. 3. § 7. weiset auf die Pragmatik von 1805 und die V. v. 8. Juni 1807 zurück; sie ist also auf die Militären eben so wenig anwendbar, als diese beiden Verordnungen, auf welche sie sich bezieht.

Auch kennt benannte Verf.-Urk. nur Justiz- und Verwaltungsbeamte.

Unter die Justiz-Beamten können die Officiere nicht gereiht werden. Aber auch ein Verwaltungsamt, ein Amt, welches mit der Staatsverwaltung in irgend einer directen und indirecten Beziehung steht, ist den Officieren als solchen nicht übertragen.

§ 6.

D. Die Verf. vom 28. November 1812 enthält einen ergänzenden Nachtrag zur Constitution vom 1. Mai 1808.

Paßt zwar die Beziehung des Staatsdieners — im allgemeinen Sinne, wie sie Nro. 1. vorkömmt, auch auf die Officiere, so gibt doch die Einleitung sowohl, als der § 2. von Räthen, von Verwaltungsbeamten, und von den übrigen Dienern und ihren Wittwen sprechend, sehr unzweideutig zu erkennen, daß die V. nur die Civilstaats-Diener und ihre Relicten im Auge habe.

§ 7.

E. Das constitionele Edict 9. zur Verf.-Urk. vom 26. Mai 1818 läßt sich auf die Officiere um so weniger anwenden, als alles das, was § 2. von der provisorischen Natur der ersten Anstellung im Staatsdienste 3 Jahre hindurch, § 3.

von Verwesern, von Stellen, § 4. von Richteramtsfunction versehenden Staatsdienern, und in den folgenden §§ von Standes- und Dienstesgehalte, dann von Disciplinarstrafen ꝛc. verordnet wird, ganz unwidersprechlich nicht auf Militäre, sondern nur auf die Civilstaatsdiener Beziehung hat; wie es denn wohl kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen kann, daß die, den Verfassungs-Eid nicht schwörenden Officiere auch auf die durch die Verfassung der Staatsdiener gewährten Vortheile rechtlichen Ansprnch nicht machen können.

§ 8.

F. Zu erwägen ist noch, daß man nach dem constituellen Edicte von 1818 — ohne das Indigenat nicht Staatsbürger, ohne das Staatsbürgerrecht nicht Staatsdiener — im eigentlichen Sinne seyn kann, wogegen zur Erlangung einer Officiersstelle (mit Ausnahme der obersten Militärstellen) das Indigenat, folglich auch das Staatsbürgerrecht nicht wesentliche Bedingung ist.

§ 9.

G. Nach solchen Erwägungen hat auch der kön. geheime Rath anno 1816 innerhalb der Gränzen seiner Competenz seine Überzeugung dahin ausgesprochen, daß von G. als Staatsdiener nicht zu behandeln sey.

§ 10.

H. Bestimmt zwar die Pragmatik vom 1. Jänner 1805 Nr. 17, 18., daß zum Complemente des Dienstesalters alle in verschiedener Dienstklasse zurückgelegten Jahre zu zählen seyen, und kann keineswegs mit dem kön. Fiscus angenommen werden, daß diese Bestimmung blos auf das 40jährige Dienstalter sich beziehe, so kann daraus dennoch nichts gefolgert werden, was der Intention des Klägers günstig wäre; da Dienstklasse nicht synonym mit Dienstart ist, und in der einen wie in der andern Dienstart, d. h. im eigentlichen Staatsdienste, wie im Militärdienste verschiedene Rangstuffen oder Dienstklasssen sind, welche, wie bei dem

Militärdienste der Militären, so beim Staatsdienste dem Staatsdiener, letzteres nach der Pragmatik am andern Orte, bei der Berechnung der Gesammtdienstzeit in Anschlag gebracht werden.

§. 11.

I. Sollte endlich, wie Kläger behauptet, von jeher bei Quiescirungen von Staatsdienern, welche früher dem Militärstande angehört hatten, die Zeit des Militärdienstes zu der Zeit des Civilstaatsdienstes gerechnet, und hiernach der Quiescenzgehalt bestimmt worden seyn, so läßt sich aus dem, was etwa in einzelnen Fällen aus allerhöchster Gnade geschah, ein Foderungsrecht für den Kläger und eine Leistungs-Verbindlichkeit für die allerhöchste Stelle nicht ableiten.

München, den 3. December 1827.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Ritter von Popp, Director.

Fränkl, Secr.

68.

Steuern.

Seine königliche Majestät.

Die sogenañte Mai- und Herbststeuer gehört in der Regel nicht zu den öffentlichen Landessteuern.

Erkennen in Sachen der Stadt Pfaffenhoffen an der Ilm gegen den kön. Fiscus, die Aufhebung der so genannten Mai- und Herbst-Steuern betr. zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den Isarkreis vom 22. Mai 1828; der revidirende Magistrat hat die Kosten dieser Instanz zu tragen.

Gründe.

Es handelt sich im gegenwärtigen Falle darum, ob die von dem Magistrate der Stadt Pfaffenhofen unter dem Na-

men Mai- und Herbststeuer in einem jährlichen Betrage von 73 fl. 8 kr. 2 pf. bis zur Einführung des allgemeinen Steuerprovisoriums unweigerlich, und von da an mit Protestation entrichtete Abgabe zu den wirklichen Steuern oder zu den Privatprästationen zu zählen sey.

Das Erstere behauptet der klagende Stadtmagistrat, und Letzteres der königl. Fiscus. So wie jener aus seiner Behauptung zur Begründung des Begehrens um Aufhebung dieser Abgabe den Schluß ableitet, daß durch die Verordnung vom 13. Mai 1808 auch diese Steuer erloschen sey, eben so beharret der königl. Fiscus darauf, daß diese Abgabe ohne Rücksicht auf die Entrichtung der öffentlichen Landessteuern fortzubestehen habe.

Für den königl. Fiscus sprechen auch nicht nur die bewährtesten Rechtslehrer des bayerischen Staats- und Privatrechts, wie

B. Schmid proe. edict. S. und art. 6. Nro. 12.

B. Kreitmayr Grundriß des allgemeinen deutschen uud bayerischen Staatsrechts § 175. l. u. S. 389.

Derselbe in den Anmerkungen ad cod. jud. cap. 20. § 5., sondern auch bestimmte Verordnungen, wie jene v. 25. Jän. 1732 (G. S. Bd. III. Nro. 136.) und vom 18. Juni 1802, (Rggsbl. St. 25, 26 et 27.), worin überall die Mai- und Herbststeuer als ein wahres Domanial- resp. Dominicalgefäll, als eine uralte, theils bei vogt- theils bei grundbaren Unterthanen anzutreffende, nie aber in einem nähern Verhältnisse mit ihren Besitzthume und den Früchten desselben regulirte Prästation erklärt wird.

Da nun überdieß die Ständigkeit und Unabänderlichkeit der Staatsbedürfnisse mit dem Wechsel der öffentlichen Steuern im Widerspruche steht und wie der königl. Fiscus sehr wahrscheinlich gemacht hat, daß die in Frage stehende Abgabe nicht an das landschaftliche Steueramt, sondern an das landesherrliche Kastenamt entrichtet worden, endlich der Umstand gar nichts releviren kann, daß die Stadt Pfaffenhofen und die ihr incorporirten Stiftungen keine im grundbaren Verbande stehenden Realitäten besitzen, indem der Ursprung dieser Ab-

gabe auch allein aus dem Vogteirechte fließen kann, das übrigens weder blos die Jurisdiction in sich begreift, noch minder mit derselben unzertrennbar verbunden ist,

Kreitmayers bayerisches Staatsrecht S. 448.

Runde deutsches, Privatrecht § 427.

Danz Handb. das deutsche Privatrecht R. Bd. IV. S. 304.

so mußte für den kön. Fiscus definitiv erkannt werden, wenn nicht in dem historischen Klagegrunde ein erheblicher, bisher zur rechtlichen Gewißheit noch nicht ausgemittelten Thatumstand enthalten wäre.

Prüft man nämlich die Bestandtheile der Klage genauer, so ergibt sich, daß

1) der Rechtsgrund derselben in der Einführung des Steuerprovisoriums besteht; denn durch dieses Gesetz sucht Kläger seinen Anspruch zu rechtfertigen.

Allein, da die Verordnung vom 13. Mai 1808 alle mit dem 1. October desselben Jahres aufhörenden Steuern nicht blos beispielweise, sondern restrictiv aufzählt, ohne der Herbst- oder Maisteuer zu gedenken, und da der blosse Name „Steuer“ ohne den Ursprung, Zweck und Art der Reichniß bei der Möglichkeit der abusiven Beziehung nichts entscheiden kann, so vermag jene Verordnung den Klagsanspruch noch nicht zu begründen.

2. Dagegen wird als historischer Klagegrund sowohl in der Klage selbst, als noch bestimmter in der Replik die Thatsache angeführt:

„daß die mit dem Namen Mai- und Herbststeuer bezeichnete und jährlich 73 fl. 8 kr. 2 pf. betragende Abgabe nichts anders war, als semel pro semper festgesetzte Steuercopomsition, welche der Magistrat an das Staats-Ärar, resp. die altbayerische Landschaft bezahlte, und dagegen befugt war, die Steuern, deren Entrichtung den Stadtbewohnern oblag, selbst zu erheben.“

Diese factische Behauptung ist von Erheblichkeit, denn hienach wurde diese Abgabe, wenn sie auch sonst und außer Pfaffenhofen als eine Dominicalprästation anzusehen wäre, durch ein specieles für diesen Ort in Mitte getretenes Pactum

die Natur und Eigenschaft einer öffentlichen Steuer angenommen haben, vorausgesetzt, daß sie nicht an die landesherrliche Kasse, sondern an das landschaftliche Steueramt als pactirtes Aversum der Steuerquote entrichtet würde, und sonach würde zugleich hergestellt seyn, daß sie zu der durch die Einführung des Steuerprovisoriums für aufgehoben erklärten Stadt- und Marktsteuer gehörte.

Da nun aber dieser Thatumstand von dem kön. Fiscus widersprochen ist, und die rechtliche Vermuthung, wie eben erwähnt, eher dagegen als dafür streitet, so war dem klagenden Stadtmagistrate der Beweis derselben aufzulegen, sohin das vorhergehende Urtheil lediglich zu bestättigen.

Die Verurtheilung der Revidenten in die Kosten rechtfertigt sich durch die Bestimmung der Gerichtsordnung cap. 17. § 4. Nr. 2.

München, den 7. April 1829.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Ritter.

Secr. Fränkl.

69.

Stempel-Defraudation.

Im Namen Sr. Majestät des Königs von Bayern.

Erkennet das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis in Sachen des kön. Kreis-Fiscalates gegen den kön. Landrichter X. von Z. wegen Stempelcontravention durch unterlassene rechtzeitige Adkassirung des verordneten sechs Gulden Stempels zu dem Inventar über den Schuhmacher J. H. Nachlaß d. d. 4. August 1830 hiemit zu Recht:

daß der Beschluß des kön. Kreis- und Stadtgerichts A. vom 9. Nov. 1830 dahin abzuändern sey, daß der kön. Land-

richter X. verbunden seyn soll, den zwanzigfachen Betrag gedachten Stempels mit ein Hundert zwanzig Gulden an das kön. Staats-Ärar zu zahlen, und die Kosten erster Instanz zu tragen, resp. zu erstatten, unter Compensation der Kosten zweiter Instanz.

Entscheidungs-Gründe.

Es ist in Facto nicht bestritten, daß der kön. Landrichter X. das fragliche Inventar mit einem Gesammtvermögensstand von 4257 fl. und einem reinen Vermögen von 3663 fl. aufnahm und dazu den normläßigen Stempel von 6 fl. nicht eher adhibirte, als bis er auf Betreiben der kön. Kreisregierung vom Kreis- und Stadtgerichte Augsburg dazu vermocht wurde.

Landrichter X. hat ferner in jure nicht beanstandet, daß er es eigentlich sey, welcher für die Contravention, wenn wirklich eine solche gegeben wäre, zu haften habe, und die Verordnung vom 4. Juni 1826 Nro. 26. (Kreis-Intelligenzblatt S. 716.) bestimmt ohnehin, daß bei den äußeren Ämtern, wo keine besondern Expeditionen bestehen, der Amtsvorstand für jede Contravention zu haften habe.

Mithin frägt es sich nur, ob jene Unterlassung wirklich eine Stempel-Contravention bildet, für welche jener Beamte einzustehen hat?

In der Regel sollen, wie der Art. I. des Stempelgesetzes vom 11. Septbr. 1825 (Gesetzblatt S. 176.) bestimmt, alle in den ältern Stempelgesetzen vom 18. Dec. 1812 bezeichneten Eingaben, Protocolle, Urkunden, Ausfertigungen, Quittungen, ꝛc. ꝛc. gleich anfangs auf gestempeltes Papier geschrieben werden.

Wenn nun unter andern im Artikel III. dieses Gesetzes ausnahmsweise gestattet ist, Inventarien auf ungestempeltes Papier zu schreiben, und wenn es ferner daselbst heißt, daß, so wie sich der Betrag ergebe, der Stempelpflicht durch die Beilegung des geordneten Stempelpapieres genügt werden könne, so ist damit schon der Moment bezeichnet, wann dieser

Pflicht genügt werden muß, nämlich sobald der Betrag des Inventars bekannt ist, d. i. dessen Abschluß.

Auf diese Art sind Ausnahmen und Regeln vereinbar; was in der Regel gleich bei Anfertigung der Urkunden geschehen soll, darf Ausnahmsweise nach Anfertigung des Inventars ꝛc. geschehen. — Wäre dieses nicht, so hätte das Gesetz eine wesentliche Lücke gelassen, und der Willkühr der Stempelpflichtigen Thür und Thor geöffnet.

Landrichter X. konnte auch seiner Pflicht der Adhibirung des Stempels um so eher nachkommen, als er schon vor dem 4. October 1830 die Stempelgebühr erhoben hatte, wie sein der Regierung vorgelegtes Tax- und Sportelregister für 4. Quartal Nro. 1577. ausweist, und kein Hinderniß vorzuschützen im Stande war, wodurch er davon abgehalten wurde.

Das Gericht erster Instanz hält zwar dafür, daß das Stempelgefäll des Staats durch die fragliche Unterlassung nicht gefährdet worden sey, weil die Stempelgebühr gehörig verrechnet worden wäre. Allein dieses ist vollkommen irrig, weil die bei den Ämtern eingehenden Stempelgebühren nur die Vergütung der an die in der Verordnung vom 15. September 1825 (Reggsbl. S. 683.) bezeichneten Stempelämter für bezogenes Stempelpapier zu entrichtenden Geldbeträge sind, sohin kein Object einer Verrechnung an das Ärar bilden.

Die Ämter haben sich, den Betheiligten gegenüber, von denen sie die Stempelbeträge erhoben, blos durch die wirkliche Verwendung oder Abkassirung des Stempels zu legitimiren, eine eigentliche Verrechnung liegt ihnen nicht, sondern nur eine blos der Control wegen nöthige Angabe des Stempelbetrages in den Tagsregistern ob.

Dafür spricht die Natur der Sache, das Formular des Taxregisters und die von der Kreisregierung zu den Acten gebrachte instructive Weise vom 6. April 1829, welche von eben dieser Stelle an die Landgerichte des Kreises über die landgerichtliche Buch- und Cassesührung erlassen wurde.

Aus der Verzeichnung des erhobenen Stempelbetrages in dem oben allegirten Sportelregister läßt sich daher keine dem Landrichter X. fürträgliche Consequenz ableiten; er hätte den

Stempel sogleich nach Confection des Inventars adcassiren und keine Erinnerung der Revision der Kreisregierung abwarten sollen.

Da er nun bekanntermassen dieses unterließ, so trifft ihn nach Art X. Nr. 5. des angezogenen Stempelgesetzes die Strafe des zwanzigfachen Betrages mit 120 fl. um so mehr, als dieses Gesetz Zweifels ohne den Zweck hat, Fahrläßigkeiten oder absichtliche Verkürzungen des Ärars und Benachtheiligungen der Unterthanen zu verhindern.

Aus diesen Gründen mußte in der Hauptsache erkannt werden.

Den 30. September 1831.

70.

Execution.

Pactum remissorium.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Ch. F. gegen seine Gläubiger wegen eines Nachlaßvertrages zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den *** Kreis vom 5. publ. 30. August 1834 unter Vergleichung der Kosten aller Instanzen.

Entscheidungs-Gründe.

1. Der Fall, wo ein Schuldner auf die noch in executione zuläßigen Hilfsmittel Anspruch machen kann, ist überhaupt nur dann vorhanden, wenn der Schuldner von seinen Gläubigern so gedrängt ist, daß sein häuslicher Ruin eintreten würde, wenn er sie alle auf einmal oder ganz befriedigen müßte, daß also eines der gesetzlichen Hilfsmittel zu seiner Erhaltung bei häuslichen Würden nothwendig erscheint.

In diesem Falle hat sich aber Ch. F. nicht befunden, wie er von seinen Current-Gläubigern einen Nachlaß von mehr als 3/4 Theilen am Capitale verlangt hat; denn er war von diesen seinen Gläubigern überhaupt nicht gedrängt, vielmehr haben die sämmtlichen dem Nachlaßvertrage der übrigen Creditoren nicht beistimmenden Gläubiger wiederholt und ausdrücklich erklärt, daß sie Concurseröffnung gegen ihn nicht verlangten, daß er sein Hauswesen fortsetze, indem sie mit ihren Foderungen bessere Glücksumstände ihres Schuldners abwarten wollten.

Jeden Falls würde es aber auch an der gesetzlichen Voraussetzung mangeln, welche vorhanden seyn müßte, wenn die Minderzahl der Gläubiger gezwungen seyn sollte, dem von der Mehrheit bewilligten Nachlaß beizutreten.

Die Gerichtsordnung setzt im § 9. cap. 18. für alle in executione zuläßigen und in den nachfolgenden Paragraphen speciel behandelten Auskunftsmitteln als Regel fest, daß dieselben nur den verunglückten und erbarmungswürdigen Schuldnern zu Gute gehen sollen. Unter dieser Regel sind demnach auch diejenigen in nachfolgenden § 13. behandelten Fristen und Nachläße begriffen, welche per pactum plurimorum ertheilt werden, indem auch diese unter die in executione zuläßigen Beneficia gezählt sind.

Daß dieß der Fall sey, wird auch in den Anmerkungen zur Gerichtsordnung l. c. § 13. lit. b. bestättigt, und war auch der ältern bayerischen Gesetzgebung conform nach Baron Schmids Comment. ad stat. bav. tit. 13. art. 14. Nr. 16.

F. mußte daher, wenn er auf das bemerkte Beneficium gegründeten Anspruch haben sollte, nicht nur solche unvorgesehene Unglücksfälle, durch welche er ohne sein Verschulden in Zahlungsunfähigkeit gerathen, anführen, sondern er mußte dieselben auch gehörig nachweisen.
Gr.-Ord. cap. 18. § 12. Nr. 3. et in notis lit. d. § 13. Nr. 3.

Allein alles dasjenige, was Ch. F. als Ursachen seines Vermögensverfalles anführt, sind an sich keine unvorgesehenen Unglücksfälle im Sinne des Gesetzes, sondern blos mißlungene ohne den erfoderlichen Mitteln, also gewagt unter-

nommene Speculationen und sind überdieß von ihm jeden Falls, nicht im Geringsten nachgewiesen worden, indem er vielmehr selbst erklärt hat, daß er speciele Beweismittel hiefür beizubringen nicht im Stande sey.

Aus diesen Gründen mußte daher das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts in der Hauptsache bestättiget werden.

Bei der Difformität der Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen waren die Kosten sämmtlicher Instanzen zu compensiren.

München, den 11. April 1835.

71.

Hypothek.

Seine königliche Majestät.

Wenn auf eine Brandstätte ein Dritter hineinbaut, der weder Eigenthümer ist, noch die Assekuranzgelder zu dieser seiner Inädification erhalten hat, so gehen die auf dem abgebrannten Gebäude eingetragen gewesenen Hypotheken keineswegs auf den Neubau über.

Erkennen in der Streitsache des Kaufmanns J. B. D. zu St. gegen den Gastwirth A. S. zu M. wegen einer Hypothekfoderung zu Recht: und belassen es bei dem vom königl. Landgerichte M. am 8. Aug. 1828 eröffneten Erkenntnisse, unter Compensation der Kosten sämmtlicher Instanzen.

Gründe.

Es ist theils actenmäßig, theils unbestritten, daß J. B. am 18. Sept. 1819 das aus der Gant des M. erkaufte Wohnhaus nebst einigen dazu gehörigen Grundstücken, und dem Gemeinderecht seinem Bruder J. B. D. für ein Vorlehen von 600 fl. — verpfändete, daß das in der Brandversicherungs-Anstalt aufgenommen gewesene Wohnhaus im Jahre 1824 abbrannte, daß J. D. nicht wieder bauen konnte und wollte, und ebenso wie sein Bruder auf die Versteigerung

der Brandstätte antrug, daß S., der einen Keller unter der Brandstätte besitzt, für die letztere mit 12 fl. Meistbietender blieb, und — obwohl dieses Angebot nicht genehmiget wurde — auf dieser Brandstätte eine Schupfe baute. Eine Hypothek auf diesen Neubau ist im Hypothekenbuche noch nicht eingetragen, sondern blos vorgemerkt, und die Interessenten sind hinsichtlich des rechtlichen Bestandes einer solchen Hypothek zum Rechtswege verwiesen worden.

Kläger nimmt nun diese Hypothek in Anspruch, und verlangt vom S. die Bezahlung seiner Hypothekfoderung; dieser widerspricht aber eine solche Verbindlichkeit vorzüglich aus dem Grunde, weil die frühere Hypothek durch den Untergang des Wohnhauses erloschen sey; dieses letztere ist außer Zweifel; nach dem Hypothekengesetze § 76. aber sind zwar bei Abbrennung eines Gebäudes die Hypothekgläubiger nicht befugt, sich an das dafür aus der Brandversicherungs-Gesellschaft zu empfangende Geld zu halten, jedoch geht ihr Hypothekenrecht auf das neu aufzuführende Gebäude über.

Die Entscheidung der Frage, ob dieses Gesetz auf den vorliegenden Fall eine Anwendung leide, ist hier ohne Werth, da in cod. civ. p. 2. c. 6. § 17. Nr. 5. in not. resp. in L. 21. ff. de pign., dann in L. 29. § 2. und L. 35. ff. de pign. et hypoth. dieselben Rechtsgrundsätze ausgesprochen sind. Allein! diese gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere auch das Hypothekengesetz und die im Comentar enthaltene Beziehung auf die Brandversicherungs-Verordnung vom 23. Jänner 1811 setzen voraus, daß der Eigenthümer der Brandstätte wieder ein neues Gebäude aufführt, sey es nun der Schuldner oder ein Käufer des Grundes, so daß der Grund und Boden mit dem Neubau ein demselben Eigenthümer gehöriges Ganzes bildet, der auch den Brandentschädigungsbetrag zu beziehen hat. Diese Voraussetzung tritt aber im vorliegenden Falle nicht ein, S. ist und war nie Eigenthümer der Brandstätte; denn sein geschlagenes Kaufsanbot wurde nicht genehmigt, Grund und Boden ihm nicht adjudicirt, er ist nur als Besitzer desselben zu betrachten.

Er hat sich auch nicht einmal als Eigenthümer förmlich gerirt, oder das Eigenthum auch nur behauptet, vielmehr geht aus seinen — vor, und nach dem Neubaue gemachten Erklärungen hervor, daß er dabei blos die Absicht gehabt habe, für seinen unter der Brandstätte befindlichen Keller, resp. das darin aufbewahrte Lagerbier eine Schutzwehr zu errichten, weil sich J. D. zu einem Neubaue nicht bequemte, und ebenso wird auch nicht behauptet, daß er den Entschädigungsbetrag von der Brandversicherungs-Anstalt erhalten habe. Durch seinen unternommenen Bau entstand also eine Inädification auf einem fremden Grunde, und es können daher nur die bei solchen Inädificationen bestehenden Rechtsgrundsätze zu Sprache kommen.

Nach cod. civ. p. 2. c. 3. § 17. bestehet zwar die Rechtsregel, daß in solchen Fällen das Gebäude dem Eigenthümer des Grundes zugehöre, dieses geschieht jedoch nicht ipso jure, sondern erst als Folge eines richterlichen Ausspruches, und wenn dieser zum Vortheile des Grundeigenthümers erfolgt, dann ist hinsichtlich einer auf den ganzen Complex haftenden Hypothekfoderuug nur dieser der wahre Beklagte. Auf das Eigenthum des Neubaues ist aber hier überhaupt noch nicht geklagt, so — daß S. zur Zeit noch als Eigenthümer desselben erscheint, dem auf jeden Fall bei der Abtretung dieses Eigenthums nach Umständen entweder der Anspruch auf Ersatz der Baukosten, oder das Recht vorbehalten bleibt, das Gebäude nieder zu reißen, und die Materialien für sich zu behalten, ohne daß er dabei durch ein Gesetz verbindlich gemacht wird, eine fremde Hypothekschuld zu übernehmen, da auf das Eigenthum eines Dritten ohne dessen Bewilligung eine solche Last nicht gelegt werden kann.

Auf den erwähnten Neubau kann also als Folge der Inädification gegen den dermaligen Eigenthümer S. kein Hypothekenanspruch gemacht werden, auf Herausgabe der verpfändeten, dem J. D. gehörigen Brandstätte aber, oder auf Bezahlung die Foderung aus dieser Realität wurde nicht geklagt.

Es mußte daher, wie geschehen erkannt, die Kosten sämmtlicher Instanzen aber nach Cod. civ. c. 17. § 4. Nr. 3. compensirt werden.

München, den 14. Juli 1832.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

v. Mann.

72.

Ehescheidung.

(Provisorische Alimentation während derselben betr.)

Erkenntniß

des königl. Oberappellationsgerichts.

Der Ehemann ist schuldig, Frau (u. Kinder) provisorisch zu alimentiren, wenn gleich das permittimus noch nicht vorliegt — vorausgesetzt, daß sich d. Frau nicht eigenmächtig entfernt hat.

K. W., welche in Ehedisidien mit ihrem Manne steht, hat für sich und ihre Kinder auf provisorische Alimentation angetragen; das königl. Appellationsgericht für den *** Kreis erkannte am 12. November publicirt 3. December 1833, daß diese Klage zur Zeit abzuweisen sey, weil die Ehefrau das Permittimus nicht beigebracht habe. Dieser Entscheidungsgrund ist jedoch nicht hinreichend, weil nach dem canonischen Rechte der Ehemann seiner Frau die provisorische Alimentation nicht nur im Falle des erhaltenen Permittimus, sondern auch dann verabreichen muß, wenn die Nachweisung beigebracht wird, daß die beiden Eheleute wirklich im Separationsprocesse gegen einander stehen; diese Nachweisung der erhobenen Klage liegt auch wirklich bei den Acten, am 4. Jän. 1833 theilte das Consistorium in B. via requis. dem kön. Landgerichte K. die Divortialklage der K. W. zu dem

Ende mit, die Sühne zu versuchen, und in deren Zerschlagung die Sache zu instruiren.

Der term. a quo ist also der Tag der dem Beklagten insinuirten Divortialklage, d. h. der Tag, der vom competenten protestantischen Ehegerichte erkannten und insinuirten Citation, als des in dieser Sache erlassenen und dem Beklagten zugestellten Decretes, weil hiedurch lis mota entstanden, welche von der Litis-Contestation wesentlich verschieden ist.

Die Klägerin hat sich auch nicht eigenmächtig von ihrem Ehemanne weg begeben, weil die Acten bewähren, daß ihr Ehemann schon gerichtlich sich anheischig gemacht hat, ihr mehrere Meubles und Hausgeräthschaften, welche in der dem Nebenfascikel beiliegender Specification enthalten sind, ausfolgen zu lassen.

Jede Eigenmächtigkeit verschwindet von dem Zeitpuncte an, wo das erste Decret erlassen und insinuirt worden ist, weil hiedurch die Legitimation für die Ehefrau gegeben ist, eine provisorische Alimentation zu verlangen. Es konnte daher der Tag des erlassenen Erkenntnisses 1mae das ist der erste März 1833 zur Norm des Zeitanschlages der provisorischen Alimentation nicht angenommen werden.

Es liegt in der Natur der Sache und in dem Gesetze, daß der Ehemann seine Frau und seine Kinder so lange sie bei ihm sind, alimentiren muß, folglich hat er auch die nämliche Pflicht, wenn (wie in concreto es actenmäßig ist) die Ehefrau wirklich in dem Separationsprocesse gegen ihren Ehemann sich befindet.

Was das vom Richter angenommene Quantum betrifft, so ist dasselbe um so weniger übersetzt, als hergestellt ist, daß die Ausübung des Sailergewerbes in der Stadt K. sehr erträglich ist, und die Klägerin 1000 fl. in die Ehe gebracht hat, sohin der Beklagte aus dem gemeinschaftlichen Vermögen die Alimentation provisorisch bis zum Ausgange des Divortialprocesses verabreichen muß.

Der Beklagte wurde daher mit Recht für schuldig erkannt, seiner Ehefrau und seinen zwei Kindern vom Tage

der dem Beklagten mitgetheilten Divortialklage bis zum Ausgange des Scheidungsprocesses täglich 30 kr. provisorische Alimentation zu verabreichen.

München, den 13. Juni 1834.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

72.

Erkenntniß.

Seine königliche Majestät.

Die Schätzung eines Anwesens darf so wenig als ein Augenschein einseitig vorgenommen werden.

Erkennen in Sachen des A. gegen den B., Vergantung betr. zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts vom 26. April 1833, verkündet den 13. Mai. Jeder der beiden Revidenten hat ein Succumbenzgeld von sechs Thalern zu zahlen.

Gründe.

1. Von einer datio in solutum des B.'schen Hauses an A., kann dermal die Rede nicht mehr seyn; denn wenn auch früher der Gläubiger hierauf einwilligte, so hat sich doch später das Rechtsverhältniß dadurch anders gestaltet, daß A. am 24. August auf Subhastation des Hauses antrug, und daß das Gericht erster Instanz die Abschätzung und den öffentlichen Verkauf decretirte, ohne daß der Schuldner dagegen eine Verwahrung einlegte, die unterm 1. Februar eingekommene Berufung aber keinen Erfolg mehr haben konnte, da damals die Nothfrist gegen das am 21. Nov. insinuirte Decret vom 16. Nov. bereits abgelaufen war.

2. Ungegründet ist die Beschwerde gegen den Ausspruch des königl. Appellationsgerichts, wodurch die vorgenommene Abschätzung des Hauses als illegal erklärt, und die Vornahme

einer neuen angeordnet wurde; denn B. hatte von dem Beschlusse, daß das Haus abzuschätzen sey, erst dann Kenntniß erhalten, als die Abschätzung schon geschehen war; die Besichtigung und Abschätzung des Hauses geschah aber ohne Beiseyn des Schuldners, und nicht in Anwesenheit einer Gerichtsperson. Ausdrücklich verordnet die Ger.-Ord. cap. 18. § 7. Nr. 2., daß das zur Vergantung bestimmte Gut, allzeit vorher mit Zuziehung unpartheiisch und verständiger Leute besichtiget, und eidlich geschätzt werden soll.

Eine Abschätzung ist einem gerichtlichen Augenscheine gleich zu stellen, und so wie dieser durch den Richter und in Gegenwart der Theile, oder wenigst unter nachgewiesener Adcitation derselben vorgenommen werden muß, — Ger.-Ord, cap. 12. § 3. Nr. 1. — ebenso muß auch bei Vornahme einer Abschätzung verfahren werden, indem außerdem keine Gewißheit darüber besteht, ob die Schätzleute sich über alle Verhältnisse informirt, und alle Lokalitäten besichtigt haben.

Wenn übrigens ein solches Verfahren schon in Hypothekengegenständen vorgeschrieben ist, Hyp.-Ges. § 17. — so muß solches nur um so mehr in streitigen Sachen beobachtet werden.

Bei der Ungiltigkeit der fraglichen Abschätzung wurde daher mit Recht die Vornahme einer neuen von dem königl. Appellationsgerichte angeordnet.

3. Dadurch fällt aber die vom Richter I^mae ausgesprochene Adjudication von selbst hinweg, weil sie auf eine illegale Abschätzung gebaut ist, so wie die weitere Beschwerde des B. wegen Räumung des Hauses cessirt.

München, den 23. Mai 1837.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Freyberg, Director.

Secr. Fränkl.

Inhalts-Verzeichnis

des

vierten Bandes.

A.

Ablösbarkeit — der Scharwerk. S. 340.

Actio depositi et protutellae — Erfoderniſſe derſelben. S. 153.

Adjudication — auf den Zuſchlag von Immobilien, welche mit keiner Hypothekſchuld belaſtet ſind, äußert der § 64. des Hyp.-Geſ. keinen rechtlichen Einfluß, ſondern dießfalls bleibt es bei den Beſtimmungen der Ger.-Ord. und der Proceßnovelle. S. 308.

Adminiſtrativbehörden — ſind befugt die Preiſe für Löhnung, wobei das Publicum im Allgemeinen betheiligt iſt, herabzuſetzen, und über die hieraus entſtehenden Klagen haben nur die A. B. ſelbſt wieder zu entſcheiden.

— — wenn dieſelbe innerhalb ihrer geſetzlichen Schranken handelt, ſo kann gegen ſie eine Entſchädigungsklage z. B. wegen Verhaftnahme nicht begründet werden. S. 278. ff.

Advokaten — Regreß gegen dieſelben wegen verſäumter Termine. S. 245. ff.

Alimentation — proviſoriſche während des Eheſcheidungsſtreites. S. 374. ff.

Amortiſation — ſ. Obligation.

Anaſtaſianiſches Geſetz — ſ. Ceſſion.

Anſtellung — Anſprüche auf Penſion aus einem Anſtellungs-Decrete. S. 123. ff.

Appellation — Verbindlichkeit zur Beweisantretung des einen Theils, während der andere gegen das Interlocut appellirt. S. 87.

Appellation — die A. muß jedenfalls und zwar sub poena desertionis bei dem Richter erster Instanz innerhalb der Fatalien eingereicht werden. S. 108.
Austregalgericht — s. Bundestag.

B.

Beamte, — für welche Handlungen derselben der kön. Fiscus haftet? S. 159.
— — ob der kön. Fiscus angehalten werden kann, über die Depositenverwaltung derselben Rechnung zu stellen? S. 168 et 184, 198, 204.
Besitz — wird durch den Nutznießer eines Gutes fortgesetzt. S. 268.
Besoldung — s. Anstellung.
— — der Pfarrer. S. 290. ff.
Besthaupt — s. mortuarium.
Beweis — bei der Einrede der lex anastasiana s. Cession.
— — einer Negation. S. 61. ff.
— — der mangelnden Vollmacht. S. 61 und 65.
Beweisantretung — über die Verbindlichkeit zur B. desjenigen Theils, der sich bei dem Interlocute beruhigt, während der andere Theil dagegen appellirt. S. 87. ff.
Brandstätte — s. Hypothek.
Brückenbau — über die Verbindlichkeit zum Bau und zum Unterhalte von B. gelten dieselben Grundsätze wie beim Bau von Strassen. S. 260. ff.
Bundestagsversammlung — s. Competenz.

C.

Cession — über die Einrede des anastasian. Gesetzes. S. 3. ff.
Collecteur — s. Lotteriespiel.
Competenz — über Gewinn oder Verlust aus Lotteriespielen steht den Civilgerichten zu. S. 300. ff.
— — über Klagen aus Administrativ-Verfügungen zu urtheilen, sind nur die Administrativbehörden competent.
— — der Bundestags-Versammlung: über Entschädigungsansprüche, bei denen zweifelhaft ist, welcher Staat sie zu prästiren hat, hat der Bundestag zu entscheiden, resp. ein Austregalgericht zu constituiren. S. 286. ff.
Competenzconflict — S. 110.

Conflict — s. Competenz.
Conventionalproceß — ist allenthalben anwendbar. S. 333. ff.
Coursdifferenz — ist klagbar aus einem Handel mit Staatspapieren. S. 220.

D.

Decret — s. Anstellungsdecret.
Depositum — Rechtsfall über ein D. S. 143. ff.
Depositen-Verwaltung — derselben: ob der kön. Fiscus angehalten werden kann, über die D.-V. seiner Beamten Rechnung zu stellen? S. 168, 184, 198, 204.
Diener, — öffentliche: ob die Gerichtsdiener in die Kathegorie öffentlicher Diener gehören? S. 39. ff. 353.
— — welche zu den höhern Dienern gehören? S. 123. ff.
Dienstvertrag — Pensions-Ansprüche aus einem solchen. S. 123. ff. dann 137. ff.
Differenz — Cours-Differenz ob sie aus einem Handel mit Staatspapieren eingeklagt werden könne. S. 220.
Dotalgüter — der Ehemann darf von den Dotal- und Paraphernalgütern sub poena nullitatis nichts veräußern. S. 61. ff.

E.

Eid — über Erfüllungs- und Reinigungseid. S. 76. ff.
Einrede — über die Einrede aus dem anastasianischen Gesetze und die Beweislast hiebei. S. 3. ff.
Emphiteusis — ob in der E. auch die Läsionsklage statt finde? S. 227.
Erfüllungseid — s. Eid.
Ermässigung — des Kaufpreises: ob vom Richter auf E. des Preises in Handel mit Staatspapieren erkannt werden könne? S. 216.
Exceptio non numeratae pecuniae — kann sich auch blos auf einen Theil der Foderung erstrecken.
— — in ihr liegt das Geständniß, die Schuldurkunden ausgestellt zu haben.
— — durch eine besondere Empfangsbescheinigung wird die exc. n. p. eben so wenig beseitigt, als durch eine Abschlagszahlung.

Exceptio non numeratae pecuniae — wenn die e. n. p. bezüglich der ganzen Schuld opponirt, der Beklagte aber einer theilweisen Zahlung überführt wird, so wird er der Einrede verlustig.

— — auch andere Sachen als baares Geld können durch die e. n. p. abgeläugnet werden. S. 241 — 244.

F.

Fatale — s. Appellation.

Fiscus — in wie weit der k. F. für die Handlungen seiner Beamten hafte? S. 159 dann 184, 198, 204.

— — Verbindlichkeit desselben zum Unterhalte des Uferbaues an öffentlichen Flüssen. S. 250. ff.

— — Verbindlichkeit des k. F. zum Bau und Unterhalt von Brücken und Landstrassen.

— — wenn der F. eine Landstrasse eingehen läßt, so ist er nicht schuldig, die noch darauf stehenden Brücken zu unterhalten. S. 260. ff.

— — Verbindlichkeit desselben zum Schadenersatze aus polizeilichen und finanzielen Entschließungen. S. 272. ff.

— — eine Spolienklage findet gegen denselben nicht statt, wo er nicht in Privatverhältnissen, sondern als Staatsbehörde auftritt. S. 275.

— — Pfandrechte desselben s. Pfandrecht.

Fischerei — für den Entgang der F. durch Wasserbauten und andere Verrichtungen an öffentlichen Flüssen ist der k. Fiscus keinen Schadenersatz schuldig, ausgenommen, er wäre durch Verträge hiezu verbunden, oder die getroffene Vorrichtung ganz unnöthig. S. 259.

Fluß-Unterhalt — des Uferbaues an öffentlichen F. S. 250. ff.

Frohne — wann die rechtliche Vermuthung mehr für einen Lohndienst, als für die Frohne spreche. S. 343.

G.

Gehaltentzug — s. Gerichtsdiener.

Gerichtsdiener — ob dieselben in die Kathegorie öffentlicher Diener gehören? S. 139.

Güterhändler — das Verbot: daß die Juden bei Gutskäufen keine Unterhändler machen sollen, erstreckt sich nicht auf die Provinz Baireuth. S. 297.

Gutsherr — Verbindlichkeit derselben zur Entschädigung wegen Gehaltsentzuges ihrer Gerichtsdiener. S. 39 ff.

H.

Handel mit Staatspapieren — derselbe enthält keine ungiltige Wette, und ist daher allerdings rechtsgiltig. S. 212, 216.

Hazardspiele — sind rechtsungiltig. S. 212.

Holzbezug — bei Minderung des Holzbestandes hat sich der Berechtigte eine Reduction gefallen zu lassen. S. 291. ff.

Hypothek — der § 51 et 52. des Hyp.-Ges. ist auch bei Rentenzahlungen anwendbar, wenn sich der Schuldner vertragsmäßig diesem Verfahren unterwarf. S. 333. ff.

— — ob durch Inädification auf eine Brandstätte die Hypotheken auf diesen Neubau übergehen. S. 371. ff.

I.

Instanzentlassung — s. Gerichtsdiener.

Interlocut — wenn der eine Theil gegen das Beweisinterlocut appellirt: ob hiedurch für den nicht appellirenden Theil der Beweistermin suspendirt werde oder nicht? S. 87. ff.

Juden — s. Güterhändler.

K.

Kaufpreis — ob im Handel mit Staatspapieren vom Richter auf Ermässigung des Preises gesprochen werden könne. S. 216.

Kaufsverträge — deren Gewinn oder Verlust von ungewissen Ereignissen abhängt, sind rechtsgiltig. S. 212, 216.

Klage — auf Schadenersatz; ob eine solche zu verwerfen ist, wenn sie nicht das Quantum des angesprochenen Ersatzes bestimmt? S. 150 und 158.

L.

Läsionsklage — ob dieselbe auch in der Emphiteusis statt finde, und wie sie hiebei berechnet werde. S. 227 — 241.

Legat — die Rechtsbeständigkeit eines Legates wird nicht dadurch gehindert, daß keine Bestimmung vorliegt, wie das Legat vertheilt werden soll, oder daß das Testament nicht gerichtlich deponirt wurde. S. 347.

Legat — ein L. an ungewisse Personen, so ferne sie eine Corporation ausmachen, ist giltig. S. 351.
— — der Zweck des Legates braucht nicht angegeben zu werden. S. 349.
— — ein Vermächtniß kann an einer Foderung des Legatars nicht abgerechnet werden, ausgenommen der Erblasser bestimmt es selbst so. S. 351.
Leibeigenschaft — alle Gefälle aus derselben sind aufgehoben. S. 325 und 331.
Lex anastasiana — s. Cession.
Lieferungsvertrag — Begriff und Klagbarkeit desselben. S. 218, 219.
Litisdenunciation — s. Streitverkündigung.
Lotteriespiel — wenn der Collectenr die Spiellisten nicht einsendet, so haftet er dem Spieler für den allerfallsigen Gewinn.
— — Einsätze auf Borg sind zwar spielwidrig; nimmt aber gleichwohl einer Einsatz auf Borg an, so tritt er dadurch in das Verhältniß eines Gläubigers zu seinem Schuldner und haftet ebenfalls für den Gewinn.
— — hierüber zu urtheilen, kommt nicht den Lottoadministrationsbehörden, sondern den Civilgerichten zu. S. 300. ff.

M.

Mandatar — wenn die Ungültigkeit eines Gerichtsgeschäftes wegen Nichtbevollmächtigung des Mandatars behauptet wird, so hat der Asserent den Beweis der mangelnden Vollmacht zu übernehmen. S. 61. ff.
Mora — Begriff derselben, und Beseitigung im Handel mit Staatspapieren. S. 221.
Mortuarium — S. 325 und 331.

N.

Negation — Beweis derselben, s. Beweis.
Non numerata pecunia — s. exceptio n. n. p.
Notar — Hinterlegung der Staatspapiere bei denselben. S. 216 — 226.
Nullität — von Verträgen aus Mangel an Vollmacht S. 65. ff.
Nutznießer — der N. kann zwar keine neue Last auf das Gut bringen, wohl aber den Besitz fortsetzen. S. 268.

O.

Oblation — der Staatspapiere bei einem Notar — solemnis et minus solemnis — zur Beseitigung der mora genügt letztere. S. 216, 221.

— — wenn der Käufer weder persönlich noch durch einen Bevollmächtigten anwesend ist, so genügt es die Obl. durch einen Notar constatiren zu lassen. S. 222.

Obligationen *au porteur* — können nicht amortisirt werden — durch ihren Verlust geht aber nicht das Recht der Foderung an sich, sondern nur ein Beweismittel verloren, kann daher die Schuld auf andere Art nachgewiesen werden, so muß entweder der Staat Zahlung leisten, oder den Schuldbrief erneuern, jedoch muß nicht der bloße Verlust, sondern die Vernichtung des frühern Schuldbriefes dargethan seyn. S. 369. ff.

Officiere — s. Staatsdiener.

P.

Pactum remissorium — S. 369.

Paraphernalgut — s. Dotalgut.

Pension — Verbindlichkeit zur Reichniß der Pension. S. 123 ff. und 137.

Pfandrecht — ob dem kön. Fiscus auch dann ein stillschweigendes Pfandrecht zustehe, wenn er in die Rechte eines Privatgläubigers succedirt? S. 312. ff.

Pfarrbesoldungen — S. 290. ff.

Portio canonica — S. 318. ff.

Possessorium plenareum et momentaneum — S. 356.

Praescriptio — s. Verjährung.

Procent — ob in kaufmännischen Geschäften mehr als 5 o/o angesetzt werden dürfen. S. 295. ff.

Pupille — Regreß desselben gegen seinen Vormund wegen unsicher ausgeliehener Gelder. S. 22. ff.

Q.

Quantum — Bestimmte Angabe desselben bei Klagen auf Schadenersatz. S. 150 und 158.

R.

Regent — der R. eines Staates hat die Verbindlichkeiten seines Vorfahrers, dem er in Folge politischer Conjuncturen

succedirte, blos fortsetzend zu erfüllen, nicht aber rückständige Leistungen zu prästiren. S. 283. ff.

Regierung — eine neue R. übernimmt in der Regel die Diener der vorigen R. nicht mit mehr Rechten, als sie unter der letzten hatten. S. 281.

Regreß — gegen einen Vormund, wegen unsicher ausgeliehenen und zu Verlust gegangenen Pupillengelder. S. 22. ff.

— — gegen den Anwalt wegen Terminsversäumniß. S. 245.

Reinigungseid — S. 76 ff.

S.

Schadenersatz — s. Klage.

Scharwerk — ob sie gegen den Willen des Gutsherrn ablösbar sey. S. 340.

Schätzung — eines Anwesens darf nicht einseitig vorgenommen werden. S. 376. ff.

Spolium — wo die Regierung nicht in Privatverhältnissen, sondern als Staatsbehörde auftritt, findet keine Spolienklage gegen sie statt. S. 275.

Staatsdiener — Uebernahme derselben durch eine neue Regierung. S. 281.

— — Officiere gehören nicht zu den Staatsdienern. S. 359. ff.

Staatspapiere — Handel mit Stp. S. 212, 216.

Stempeldefraudation — S. 366. ff.

Steuer — die sogenannte Mai- und Herbststeuer gehört in der Regel nicht zu den öffentlichen Landessteuern. S. 363. ff.

Stiftung — bei frommen Stiftg. ist kein anderer Nachweis erfoderlich, als der über die Gewißheit des letzten Willens. S. 347.

Streitverkündigung — ob dieselbe nur bei der Eviction oder auch bei einem jeden andern Regreßanspruch nothwendig sey. S. 22. ff.

T.

Terminsversäumnisse — Regreß hieraus gegen den Anwalt. S. 243. ff.

U.

Übernahme — der Staatsdiener von Seite einer Regierung. S. 281.

Ufer — und Wehren: der Staat ist Eigenthümer der U. und W. an öffentlichen Flüssen. S. 258. ff.

Uferbau — Unterhalt desselben an öffentl. Flüssen. S. 250. ff.

Unterhalt — des Uferbaues an öffentlichen Flüssen, Verbindlichkeit des kön. Fiscus hiezu s. Fiscus.

V.

Verbindlichkeit — des kön. Fiscus zum Schadenersatze aus polizeilichen und finanzielen Verfügungen. S. 272. ff.

— — eines Regenten der in Folge politischer Conjuncturen succedirte zur Erfüllung der Leistungen seines Vorfahrers. S. 283. ff.

Verfügung — wegen polizeilicher V. kann der kön. Fiscus nicht zur Rede gestellt werden, wohl aber wegen Finanz-Entschließungen. S. 272. ff.

Verhaftnahme — wegen der durch eine Administrativbehörde innerhalb der gesetzlichen Schranken verhängte Verhaftnahme kann eine Entschädigungsklage gegen den k. Fiscus nicht begründet werden. S. 278. ff.

Verjährung — wenn der Staat etwas zu einem allgemeinen Staatszwecke thut, so greift die Verjährung nicht Platz gegen ihn. S. 261.

— — unfürdenkliche, — eine seit unfürdenklicher Zeit getragene Last schließt die Vermuthung aus, daß sie nur aus guten Willen getragen worden sey, und begründet durch sich selbst das Anerkenntniß einer Verbindlichkeit. S. 268, 269.

Verträge — s. Kaufsvertrag.

Vollmacht — Nullität von Verträgen aus Mangel an Vollmacht. S. 65. ff.

Vormund — Regreß gegen denselben wegen unsicher ausgeliehenen Pupillengelder. S. 22. ff.

W.

Wasserbauten — der k. Fiscus als Eigenthümer des Ufers an öffentlichen Flüssen kann Wasserbauten anlegen, dem Fluße eine andere Richtung geben u. d. gl. ohne für die Minderung der Fischerei einen Schadenersatz zu leisten, ausgenommen, er wäre durch Verträge hiezu verbunden, oder die getroffene Vorrichtung ganz unnöthig. S. 259.

Z.

Zolldefraudation — S. 306.

Bayerische Staatsbibliothek München

11.96

BUCHBINDEREI
OBERMEIER
Niederlassung München
Heßstraße 14
80799 München
Telefon 089/2800116

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Du Prel, Max, 1800-1882

Sammlung auserlesener bayer'scher Rechtsfälle, Präjudicien und anderer interessanter Erkenntnisse

Bd.: 4

Landshut (1837)

Bavar. 659-4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10372811-9